Government of Canada Gouvernement du Canada Canada

Français | Contact Us | Help | Search | Canada Site

What's New | Who We Are | DSP Home | PWGSC Home | CCSB Home

Depository Services Program

Library of Parliament
Parliamentary Research Branch

96-3E

DIVORCE LAW IN CANADA

Prepared by:
Kristen Douglas
Law and Government Division
Revised 23 February 2000

TABLE OF CONTENTS

ISSUE DEFINITION

BACKGROUND AND ANALYSIS

A. History of Divorce Law in Canada

B. *Divorce Act, 1985*

1. Corollary Relief Applications
   a. Child Support Orders
   b. Spousal Support Orders
   c. Custody and Access Orders

2. Enforcement of Support, Custody and Access Orders

PARLIAMENTARY ACTION

A. Recent Legislative Developments

100-06809/

B. Other Potential Areas for Reform

CHRONOLOGY

SELECTED REFERENCES

TABLE OF CASES

DIVORCE LAW IN CANADA*

ISSUE DEFINITION

In recent decades, family law in Canada has been the subject of frequent and important reform. Amendments to provincial and federal family law legislation, as well as other legal changes made by the courts, have mirrored and in some cases anticipated dramatic social changes, such as more couples separating or living together outside of marriage, more women working outside the home as well as in it, and large numbers of children living with single parents or step-parents. Divorce law is one of the key components of family law in Canada. This paper reviews the current state of Canada's divorce law, and also touches upon future potential areas of law reform action within federal jurisdiction.

As more people every year experience divorce or separation, whether their own or that of someone close to them, family law continues to have a tremendous impact on growing numbers of Canadians. In Canada, almost 40% of marriages now end in divorce. The social science literature is full of evidence of the negative impact that divorce can have on the emotional well-being of children and other members of the family, while the financial damage caused by divorce and separation is well known. Since 1968, when the first federal *Divorce Act* was passed, society has become more tolerant of separation and remarriage, which have been made easier through major reforms to the divorce law effected by the *Divorce Act, 1985*.

BACKGROUND AND ANALYSIS

A. History of Divorce Law in Canada

Prior to 1968 there was no federal divorce law in Canada. In Newfoundland and Quebec, where there was no provincial divorce legislation either, persons had to seek the passage of a private Act of Parliament in order to end their marriages. In most other jurisdictions in Canada, provincial law incorporated by reference the English *Matrimonial Causes Act* of 1857; this permitted a husband to obtain a divorce on the grounds of his wife's adultery, and a wife to do so provided she could establish that her husband had committed incestuous adultery, rape, sodomy, bestiality, bigamy, or adultery coupled with cruelty or desertion.

Wives proven to have committed adultery were not entitled to spousal support, and husbands had no right to apply for support in any circumstances. Some provinces enacted legislation allowing either spouse to seek a divorce on the basis of adultery. The provincial divorce acts continued in effect until 1968, when Parliament enacted the *Divorce Act*.

The *Divorce Act* of 1968 introduced the concept of permanent marriage breakdown as a ground for divorce, while also retaining fault-based grounds for divorce, the most important of which were adultery, cruelty and desertion. The move away from purely fault-based grounds for divorce was controversial, and the compromise whereby fault and no-fault grounds were combined was continued in the *Divorce Act, 1985*. The change recognized that marriages often end without a matrimonial offence being the cause of the breakdown and that the reliance on fault allegations in divorce proceedings can exacerbate and prolong what is already an unpleasant, expensive, and potentially harmful process. Grounds for divorce were broadened to include one no-fault ground, in order to spare at least some couples this often painful process.

The grounds for divorce set out in the 1968 *Divorce Act* were equally available to husbands and wives, thus removing the double standard that had existed under the U.K. *Matrimonial Causes Act*. Sections 3 and 4 listed the various grounds under which divorce could be sought. The grounds set out in section 3 of the Act included adultery, rape or another sexual offence such as a homosexual act, bigamy, or physical or mental cruelty. Additional grounds set out in section 4 of the Act applied if the parties had been living separate and apart and there was a permanent breakdown of the marriage based on specified factors, such as the respondent spouse's having been imprisoned for more than two years, being addicted to alcohol or drugs, having disappeared or deserted the petitioner, or having failed to consummate the marriage.

Decrees of divorce under the 1968 legislation could not be granted unless a trial was held before a judge who was satisfied on all of the following: that there were grounds other than that the parties consented to a divorce; that the parties had not colluded with each other (i.e. conspired to mislead the court); that there had been no condonation or forgiveness and approval of the offence subsequently complained of by the petitioner; that there had been no connivance at the offence by the petitioner (i.e. no goading of the spouse into a marital offence); that there was no reasonable prospect of reconciliation; and that proper arrangements for the care of the children or the maintenance of a dependent spouse had been made, which would not be jeopardized by the granting of a divorce. Divorce judgments were made in two stages: the first was a decree *nisi*; unless the period was shortened by a judge, the petitioner could apply for the decree to be made absolute three months after the decree *nisi* had been granted. The parties were not free to remarry until the decree absolute was granted.

Family law is an area of divided legislative responsibility in Canada. While

the *Constitution Act, 1867* reserves the area of divorce to the federal Parliament, it grants jurisdiction with respect to property and civil rights to the provincial legislatures. Parliament has exclusive jurisdiction to legislate in the area of substantive divorce law, which includes corollary matters such as support and custody. Provincial legislation in the family law area covers all matters related to the separation of unmarried couples, including support and custody in cases where no divorce is sought, property division, enforcement of support and other obligations, adoption, child protection, change of name, and matters related to the administration of the courts. Because of the overlapping nature of family law jurisdiction, most reform initiatives are developed through coordinated federal-provincial-territorial efforts. Nonetheless, there are significant differences across the country in the provincial family law statutes that are in place.

In 1976 the Law Reform Commission of Canada, in its influential *Report on Family Law*, recommended that, in order to reduce the hostility of the traditional adversarial approach to divorce and to promote more constructive resolutions of family disputes on separation, the only ground for divorce in Canada should be breakdown of the marriage. It also recommended the establishment across the country of Unified Family Courts, to whom exclusive jurisdiction over family law issues would be granted. The latter recommendation has been only partially followed, with the creation of Unified Family Courts for some cities in Canada. Also, the 1985 *Divorce Act* only partially removed the fault component from divorce actions, creating a single ground for divorce called marriage breakdown, which could be established by proving either separation for at least one year, or one of three fault-based criteria, adultery, physical cruelty, or mental cruelty.

B. *Divorce Act, 1985*

The 1985 *Divorce Act* changed the rules by which a court could assume jurisdiction to deal with a petition for divorce. Sections 3 to 6 of the Act define the circumstances in which the court of a province will have jurisdiction to hear a petition for divorce. In general, the court will have jurisdiction if one or both spouses are ordinarily resident in the province where the proceedings are commenced. Any subsequent variation applications are not necessarily heard by the same court that granted an original divorce judgment, but may be made to a court of a province in which one or both spouses is ordinarily resident, or where the spouses accept the court's jurisdiction.

As mentioned above, the 1985 Act brought significant changes to the available grounds for divorce. Section 8 of the Act provides that a divorce may be granted on the ground that there is a breakdown of the marriage; this is established by showing that the spouses have lived separate and apart for at least one year, or that the respondent spouse has committed adultery, or physical or mental cruelty of such a kind as to render continued cohabitation impossible. Where the ground is marriage

breakdown based on one year of separation, the time is calculated from the date the spouses began living separate and apart. Application for the divorce can be made within the one-year period, but it will not be granted until the year has run out. In their attempts to reconcile, couples often resume cohabitation; a period of cohabitation of more than 90 days interrupts the period of separation, so that the calculation of the one-year period will have to be re-commenced following the latest date of separation.

Section 11 of the Act sets out the bars to divorce, which are similar to some that existed under the 1968 legislation: no divorce will be granted if the parties have colluded with each other; divorce will not be granted until reasonable arrangements have been made for the support of any children of the marriage; a divorce sought on the basis of cruelty will not be granted if there has been condonation or connivance on the part of the petitioner.

One of the innovations introduced in 1985 was the provision in section 8 that allows parties to file for divorce jointly. Such a joint petition, based on the breakdown of the marriage and where the parties have been living separate and apart for at least one year, may include claims for support, and custody of or access to children. Although the substantive law of divorce falls within federal jurisdiction, court practices and procedures are governed by the provinces. The provision of section 8 clearly contemplating joint applications has made possible the use of Joint Petition for Divorce forms, which can be filed by the spouses together. More often, if the parties have resolved all outstanding issues between them, or if no relief other than a divorce is sought, they will agree that if one files for divorce the other will not respond to it, thereby allowing it to proceed as an uncontested divorce. An appearance in court is generally not required in uncontested or settled cases.

Section 9 of the Act imposes a duty on lawyers to discuss with their clients the possibilities of reconciliation, as well as the options of negotiating or mediating the corollary issues in the divorce proceeding, such as support or custody. Section 9(1) restates the duty that was imposed on lawyers by section 7 of the 1968 *Divorce Act* to discuss the possibility of reconciliation, and subsection (2) adds the requirement for discussion of negotiation and mediation. This subsection promotes negotiated settlements and mediation, which is a process by which parties resolve the issues outstanding between them with the assistance of a neutral third party. Section 10 requires judges to satisfy themselves that there is no realistic possibility of reconciliation of the parties, and to adjourn proceedings and encourage the parties to see a counsellor should it become appropriate.

It is not clear whether the section 9 duties of lawyers have any significant impact on the likelihood that parties will either reconcile, negotiate or mediate. Certainly, many couples manage to reach negotiated outcomes, given that, according to Professor Julien Payne, 86% of divorces are

uncontested from the start, and only 4% of divorces go to trial. Often family law disputes are settled by negotiation between the parties, both represented by lawyers, before a Petition for Divorce is issued. These divorces, although various different types of relief may be covered in the terms of the settlement, are considered uncontested in terms of the litigation aspect of their resolution.

Another mechanism for the resolution of family disputes without resort to litigation, or as a part of the litigation process, is mediation. Mediation is sometimes court-affiliated, but more often it is private. Parties involved in mediation are often represented by private counsel throughout the process. The professional qualifications of mediators vary widely, although efforts are being made to organize an accreditation system, so that certain minimum requirements will have been met by all those holding themselves out as mediators. Mediation advocates claim that it allows people to settle their matrimonial affairs more quickly than does litigation, and that individuals who have decided for themselves how their dispute will be resolved will be more committed to the terms of the resulting agreement, and will therefore find it easier to deal with each other in an amicable way as time goes on. The impact of mediation has not yet been clearly demonstrated, but there is growing interest in it as a desirable alternative to the court process.

As this field grows, more and more family lawyers are engaging in family mediation, and their participation has been endorsed by lawyers' governing bodies in most provinces. Mediation of custody and access disputes is thought to be the area most appropriately undertaken by mediators from other disciplines, such as social work and psychology. Once a settlement has been reached, matters that have been settled either by negotiation with the help of lawyers, or with a mediator, will often be expressed in writing in a separation agreement, or in the settlement documents in a divorce action. The terms of the Minutes of Settlement or agreement may then be incorporated into a divorce judgment, in order to make them more readily enforceable.

A divorce judgment granted pursuant to the *Divorce Act, 1985*, becomes effective 31 days after it is granted, as is set out in section 12. This change removed the two-stage procedure (decrees *nisi* and absolute) required under the 1968 Act. The court may abridge the 31-day period in special circumstances, if the parties agree and undertake not to appeal the judgment. Certificates of divorce proving that a judgment has taken effect, such as must be shown in order to remarry, are generally not made available until the 31-day period has expired.

1. Corollary Relief Applications

The powers of a court hearing a divorce action to grant corollary relief are governed by sections 15 to 19 of the *Divorce Act*. Corollary relief may be sought by the petitioner in the application for a divorce, or by the responding spouse in a counter-petition. Corollary relief claims may be

joined with claims for a division of property or other relief under provincial family law legislation. Orders may be made on an interim or final basis, and even orders for "interim interim" custody and support are made in some jurisdictions in order to provide for the needs of the dependent members of the family while interim corollary relief applications are being resolved. It is also possible, in jurisdictions where it is permitted by the provincial rules governing court procedures, to sever the divorce from the corollary relief sought, in order that a summary judgment of divorce may be granted to the parties even before corollary matters have been dealt with by the court.

A court that, pursuant to sections 3 to 7 of the *Divorce Act* has jurisdiction to hear a divorce application, may make orders for child or spousal support, or custody of or access to a child or children of the marriage, or to vary a custody or support order. Sections 15 to 15.3 of the Act provide that the court may order a spouse to secure or pay (or secure and pay) lump sum or periodic payments of support for the other spouse or the children of the marriage, or both. Interim orders for support may be made as well, to maintain the dependent members of the family until a final disposition can be made, or to pay the cost of retaining experts to value property that is subject to division under provincial matrimonial property law.

Section 15.2(5) specifically excludes spousal misconduct or fault from the considerations to be included in determining a spousal support application. Subsection (4) sets out the factors on such an application, including the condition, means, needs and other circumstances of each spouse and any child of the marriage; the length of time the spouses lived together; the spouses' roles or functions during their cohabitation; and any order, agreement or arrangement relating to the support of the spouse or child.

Section 15.2(6) sets out a list of objectives for spousal support orders. Spousal support orders should recognize any economic advantages or disadvantages to the spouses from the marriage or its breakdown, apportion the financial consequences of caring for a child, relieve economic hardship, and as far as possible, promote the economic self-sufficiency of each spouse within a reasonable period of time. **Since 1997, applications for child support have been made under section 15.1 of the *Divorce Act*, which refers to the applicable child support guidelines, including the federal *Child Support Guidelines* set out in the Regulations under the Act.** Until 1997, child support levels were set according to the results of a legislative test aimed at sharing the responsibility for maintaining children between their parents in proportion to the latters' relative abilities to pay. Since the passage of Bill C-41, which came into force on 1 May 1997, the quantum of child support has been governed by the "applicable guidelines," defined in the Act to mean either a provincial set of guidelines where they have been designated as applicable by the federal Cabinet, or the Federal Child Support Guidelines in all other cases. Child support orders must be made in accordance with

the applicable child support guidelines, or in a different amount as permitted under section 15.1(5), where the application of the guidelines would have an inequitable result.

Applications for custody of or access to a child are made under section 16 of the *Divorce Act*, and may be made by either or both spouses, or by any other person with leave of the court (section 16(3)). These orders may also be made on an interim basis pending a final resolution. In some cases an order for joint custody may be made rather than granting custody to only one spouse. Subsection (5) provides that a spouse who is granted access to a child is entitled to make inquiries of the custodial parent and be given information about the health, education and welfare of the child. The factors to be considered in making a custody and access determination, as provided in subsections (8) and (9), include the best interests of the child of the marriage as determined by reference to the condition, means, needs and other circumstances of the child, and must not include the past conduct of any person unless that conduct is relevant to the ability of that person to parent the child.

Section 16(10) requires the court, in making a custody and access order, to give effect to the principle that a child of the marriage should have as much contact with each parent as is consistent with that child's best interests, and that therefore each parent's willingness to facilitate the exercise of access by the other must be considered. This provision is often referred to as the "friendly parent" rule. It is based on the premise that maintaining close contact with both parents is in the child's best interests, and that any conduct on the part of a parent that interferes with the other's relationship with the child is to be discouraged.

Section 17 of the Act sets out the requirements to be met in an application to vary a support or custody order. The same objectives for such orders as for original spousal or child support orders are set out in subsections (7) and (8) of section 17. The maximum contact or "friendly parent" rule is also reiterated in section 17(9) for consideration in the context of applications to vary custody orders. The test to be applied on a variation application, as set out in subsections (4) and (5), is that there must have been a change in the condition, means, needs or other circumstances of the spouse or the child since the making of the order that is to be varied. In the context of a support order that was to last for a definite period, where support was to be terminated at a certain date or when a certain event took place, variations may not be made after the time has expired, unless the court is satisfied that the variation is needed to relieve economic hardship arising from a change in circumstances that is related to the marriage, and that the original order would have been different had the change of circumstances been known at the time it was made.

a. Child Support Orders

The *Divorce Act* provides that support may be sought for any or all "children of the marriage," defined to include one or more children of the

two parties to a divorce who is either under the age of majority, or 16 older and unable to withdraw from the charge of one or both parents, or to meet his or her own needs, because of illness, disability or other cause. Child support is not generally terminated when a child reaches 16 or even 18, however; the stage at which it is terminated depends on the child's own means of support and other circumstances. Attendance at a post-secondary educational institution will often justify the granting of support to a child past the age of majority, depending on the parents' means and the likelihood that they would have supported such an endeavour if they had not separated.

In order to be entitled to child support, a child does not have to be the biological offspring of either or both parents. The Act provides in section 2(2) that the definition of "child of the marriage" includes a child for whom one or both of the parties stand in place of a parent. The test for determining whether someone does so includes such considerations as the degree to which that person has contributed to the child's financial support; the intention of the person to perform the role of a parent to that child in an emotional, practical and legal sense; and the length of time the person has performed this role with respect to the child. In some cases (but not all), the relative obligations of a biological parent and a step-parent or "settled intention" parent are weighed with respect to the same child, and depending on all the factors, the support obligation of the natural parent may be held to be more important.

Until 1997, the factors to be considered by the court in making a child support order were set out in section 15(5) of the *Divorce Act* and the objectives for such an order were listed in section 15(8). Similar criteria were set out in section 17 to be considered in the context of an application to vary a child support order. The objectives, which included the recognition and apportionment of the joint financial obligation of the parties, reflected the ruling in the leading Ontario Court of Appeal case of *Paras* v. *Paras*, which established a formula for the calculation of child support based on the apportionment of the child's costs between the parents, according to their ability to pay. In setting the quantum of support to be paid, the courts attempted to ensure that all the reasonable costs of raising the child are borne proportionally by the parents, and the child's standard of living is affected as little as possible by the parents' separation and divorce.

One aspect of the calculation of quantum of child support was the establishment of the ability of the paying parent ("payor") to pay. This was a factual determination based on the financial information that this parent provides to the court; however, the court could impute income to a party who had artificially lowered his or her income, for example by quitting a job or refusing available overtime work. Another aspect of the calculation was the determination of the costs of raising each child. This was done on the basis of the custodial parent's evidence about the actual and projected costs associated with each child, such as day care expenses, food, clothing, shelter, extra-curricular activities such as lessons, medical or

dental expenses, and even camps and sports equipment.

Bill C-41, An Act to amend the Divorce Act, the Family Orders and Agreements Enforcement Assistance Act, the Garnishment, Attachment and Pension Diversion Act and the Canada Shipping Act, was passed in the spring of 1997 and came into force on 1 May 1997. This bill removed the previous test for quantum of child support, as outlined above, which had been widely criticized as leading to inadequate, inconsistent and arbitrary awards. The principle behind the test, that of joint apportionment of child-rearing costs, remains in the Act, having been reinserted as section 26.1(2) by the Senate Social Affairs Committee during their study of the bill. Courts are, however, now required to award child support in accordance with tables set out in the Federal Child Support Guidelines, which are promulgated as Regulations made under section 26.1 of the Act, unless the spouses reside in a province whose guidelines have been designated as applicable.

The guidelines include not only the tables establishing the amounts of child support to be paid for each child (based on the income of the payor spouse), but also set out a series of provisions governing other aspects of the determination, such as the calculation of the payor's income, the circumstances where amounts may be varied up or down from the table amounts, and the test to be applied following a divorce in cases where parenting is shared (meaning the payor spouse has physical custody of the child at least 40% of the time).

Most provinces – including Saskatchewan, Ontario, Prince Edward Island, Newfoundland, British Columbia, New Brunswick and Manitoba - have adopted or slightly modified the Federal Child Support Guidelines for application in provincial family law matters. Quebec adopted its own guidelines in May 1997. Manitoba, Prince Edward Island and New Brunswick, as well as Quebec, have had their guidelines designated by the federal government so that they will apply in cases decided under the *Divorce Act* as well as those under provincial jurisdiction. **Alberta and Yukon Territory have not yet adopted guidelines. Alberta has decided to consider its options after a period of monitoring the effects of the Federal Guidelines. In both Alberta and the Yukon, enabling legislation has been passed but it has not been proclaimed in force in either jurisdiction.**

In most cases where a province has adopted guidelines that depart from the federal model, the changes are minor, and are intended to bring the guidelines into harmony with provincial legislation and procedures. For example, in Ontario the *Family Law Act* has been amended to adopt guidelines that use the term "parent" instead of "spouse," because that Act applies to the children of unmarried and married parents. More significant innovations have been adopted in provinces such as Newfoundland, where both parents are required to file financial information, and Nova Scotia, where there is no reference to a provincial child support service, as none exists in that

province. More extensive changes have been made in the provinces where designations have been received, including Manitoba, Prince Edward Island and New Brunswick.

b. Spousal Support Orders

One of the most complex and rapidly changing aspects of divorce law is the area of spousal support. The 1985 *Divorce Act* severed the relationship that had previously existed between the parties' conduct and a spouse's entitlement to support. Section 15.2(6) sets out the objectives of an order for spousal support: the order should recognize economic advantages or disadvantages; apportion economic consequences; relieve economic hardship; and promote self-sufficiency. These objectives have been the subject of much judicial consideration since the 1985 Act was passed.

Of several key developments in the evolution of the law of spousal support under the *Divorce Act*, one of the most important was the release of the Supreme Court of Canada's 1987 trilogy of spousal support cases: *Pelech*, *Caron* and *Richardson*. These cases involved impecunious former wives who were seeking spousal support in spite of the existence of separation agreements barring or terminating their entitlements to support. The trilogy was widely regarded as having established both a "clean break" theory of spousal support and a causal connection test. The former emphasized the desirability of having spouses being able make a clean break from each other by settling their own affairs in a permanent way; the latter required that a causal connection between the spouse's economic dependence and the marriage be shown in order to be successful in an application to overturn a separation agreement.

The application of the trilogy reasoning, particularly in originating spousal support applications, resulted in some very harsh decisions. The over-emphasis on the self-sufficiency component of the section 15.2(6) objectives for a spousal support order had been based on an unrealistic view of the position of women in Canadian society. The legislation was based on the premise that men and women should be equally able to provide for themselves financially, but the reality was (and is) that women's wages were lower than men's, and that women, by removing themselves from the work force to raise children, compounded their financial disadvantages.

The self-sufficiency test was gradually weakened by courts across Canada, and finally abolished by the Supreme Court of Canada in *Moge* v. *Moge*. The Court rejected the self-sufficiency model for spousal support, and developed a series of policy considerations, based on an equitable sharing of economic consequences, to be applied by the courts in future cases. The objectives set out in section 15.2(6) represent a legislative intention to recognize the economic value of the contributions made both by a wage-earning spouse and a spouse who assumes child-care and household management responsibilities. In the *Moge* decision, Madam Justice

L'Heureux-Dubé cited statistics drawn from the Department of Justice *Evaluation of the Divorce Act: Phase II* to support her finding that the disproportionately high number of women in poverty in Canada is partially due to divorce and its economic effects.

Self-sufficiency is no longer the objective that is most often discussed by judges for spousal support awards, as it was before the *Moge* case. Since the *Moge* decision, Professor Carol Rogerson has noted that there has been more recognition of the concept of compensatory support, and spousal support has been revived as a serious legal obligation. Currently, time-limited spousal support is seldom awarded by the courts; particularly for medium- and long-term marriages, support is almost always open-ended and reviewable. Given the range of considerations encompassed by the objectives set out in the Act, however, and the infinite numbers of factual scenarios presented by divorcing couples in Canada, it is not surprising that there is very little predictability and consistency in spousal support awards. One of the most difficult areas for a family lawyer is how to advise clients on what to offer or accept as an appropriate level of spousal support.

Late in 1999, in the *Bracklow* decision, the Supreme Court of Canada confirmed that *Moge* continues to be the governing authority in the area of spousal support. Courts must follow the method set out in *Moge*, considering the factors in section 15.2(4) against the objectives set out in section 15.2(6), and weighing the various considerations raised in a particular case in a manner that "equitably alleviates the adverse consequences of marriage breakdown." The decision confirms the existence of three distinct conceptual grounds for spousal support: compensatory, contractual, and non-compensatory. Depending on the nature of the marital relationship of the parties, a spouse may be entitled to support on one or more of these bases. Once entitlement has been established, the quantum of spousal support is set on the basis of a discretionary weighing of a number of factors, such as the length of cohabitation, need, and ability to pay.

c. Custody and Access Orders

Custody of children is a broad concept encompassing the rights and obligations related to a child or the children of a marriage. In cases of divorce, custodial rights and obligations, which during the marriage have been equally vested in both parents, are usually divided; thus, one parent has custody, and provides the main residence for the child, while the other parent is granted access, or visitation and information rights, to the child. This area of divorce law is perhaps the most difficult, given the emotional issues involved, and the seriousness of the consequences of a determination that may be seen as "taking the child away" from a parent who loses custody to a former spouse. On the other hand, litigation of custody and access issues is relatively rare. Most couples are able to decide for themselves how they will share their custodial obligations toward their children.

Where the parents are not able to settle the custody and access issues themselves, the determination will be made by the court. The *Divorce* Act, section 16(8) requires the court to take into account the best interests of the child of the marriage. The "best interests" test is the one that generally applies to these determinations across Canada, whether under provincial family law legislation or the *Divorce Act*. The test has been criticized as being too ambiguous, but it is also defended on the basis that it provides the only criteria flexible enough to enable the courts to reach the right result for each child's particular circumstances.

The best interests test requires that any consideration relevant to the child's interests be taken into account; some of the most important considerations have been held to include the child's relationship with each parent; the child's moral and emotional welfare; the wishes of the child, if he or she is old enough to express them; the desire to avoid separating siblings; and the willingness of each parent to facilitate the other parent's access to the child. The preservation of the status quo, so that the child's living arrangements are disrupted as little as possible, is often a factor with overriding influence, particularly in interim custody and access determinations. In some jurisdictions, legislators have spelled out in family law statutes a list of criteria to be considered by the courts in determining the child's best interests; this has been seen as an effective method of incorporating and giving formal support for some previously unregulated aspects of custody and access law, such as the desirability of maintaining contact between children and their grandparents.

One useful criterion for determining the arrangement that will be in a child's best interests, the "primary caregiver or caretaker" rule, has been relied upon by many judges and by lawyers assisting their clients in custody negotiations. The primary caregiver rule is based on the premise that it will be in the child's best interests to continue to be in the care and custody of the parent who has been his or her primary caregiver throughout the marriage. In many families, one parent (generally the mother) has provided most of the child care throughout the lives of the children. Clearly there is a basis for maintaining that parent's role of primary caregiver in order to limit the upheaval experienced by the children, particularly young children, after their parents' separation.

Section 16(9) of the *Divorce Act* specifically precludes the consideration of the past conduct of a parent in making a custody or access order, unless that conduct is relevant to the person's ability to act as a parent to the child. This provision was intended to prevent evidence about marital misconduct from entering into the court's consideration of custody and access matters. Its impact has become more controversial, however, now that many divorces proceed on a no-fault basis; it has had the effect of excluding certain types of information about the family's history from being considered in the custody and access context. For example, it was often claimed that one spouse's violence against the other did not indicate anything inappropriate or negative about the former's parenting, and that

only violence directed toward the child was relevant. It is being argued (and demonstrated) more and more, however, that any family violence or other form of abuse witnessed by a child does have an impact on his or her well-being, and should be considered relevant to parenting abilities.

Although they are commonly used, the terms custody and access are frequently misunderstood. Custody of a child includes the power to make decisions with respect to the child in areas such as schooling, medical care, religious upbringing, and other important aspects of the child's life. Traditionally, the decision-making power always went along with the day-to-day care and control of the child and the provision of the child's "home." The non-custodial parent is generally granted access to the child, which comprises both visitation privileges and a right to certain information about the decisions being made by the custodial parent. Custodial and access rights and obligations can now be found at various points along a spectrum between the traditional arrangement of custody to one parent (usually the mother) with access to the other (generally the father) on Wednesday evenings and every other weekend; and the type of joint custody arrangement where the child spends alternative weeks or months in each parent's home, with decision-making power being shared by both parents.

Rarely are joint custody orders imposed by the courts in the absence of the consent of the parties. It is thought that, unless the parents can work together amicably and constructively enough to set up their own custody and access arrangement, joint custody would not be in the child's best interests. Joint custody implies sustained and frequent contact between the parents as they resolve all of the parenting issues that arise in relation to the child over time. They need to be able to communicate frequently and share authority to decide schooling, religious, medical and other questions as they come up. The courts have generally held that such an arrangement should not be imposed on unwilling parents. Joint custody also has important repercussions for the future mobility of the parents; in a number of cases a joint custodial parent has been denied approval for a move outside the jurisdiction in which both parents were residing after separation or divorce.

Joint custody does not always mean that the child spends an equal amount of time with each parent, although this is often the objective that motivates a parent who seeks joint custody. When a court orders joint custody, the parents will have equal decision-making authority with respect to the child, and the details of where the child will reside are also spelled out. These, however, may look like a traditional custody and access order, with the child having a regular residence with one parent, and spending alternate weekends with the other. Many families find that the children are more comfortable staying with one parent most of the time, especially during the school year, and visiting the other frequently. At certain stages of a child's development, it can be disruptive to be moving back and forth between parents on a regular basis. Parents can make these moves easier by providing homes in the same neighbourhood,

so that children will at all times be close to friends and school.

Whenever one parent is awarded custody of a child, the other will generally be awarded access to the child. Again the test applied is the best interests of the child. The access provisions usually spell out the schedule of visits year-round, specifying how holidays such as birthdays and summer vacations will be divided. In cases where there is a high degree of parental cooperation, there may be a very flexible award of "generous" or "reasonable" access. However, this type of order is more difficult to enforce should a dispute arise between the parents, so that a specific access schedule is necessary where cooperation is not maintained. Even where a specific schedule has been set out in a court order, as children get older parents may have to be more flexible to accommodate children's wishes and extra-curricular activities. Restrictions on access, such as one preventing a parent from removing the child from the jurisdiction, or one requiring that access privileges be exercised under the supervision of a third party or that the access parent refrain from consuming alcohol or drugs, may be ordered where appropriate.

Two Supreme Court of Canada decisions on the rights of access parents were released in 1994: *Young* v. *Young,* and its companion case from Quebec, *Droit de la famille-1150 D.P.* v. *C.S.* These decisions dealt with the rights of access parents, in these cases both fathers, to involve their children in religious activities and discussions. Although the results in the two cases differed, many common threads ran through the decisions. Access determinations are made on the basis of the best interests test, which the judges all agreed is fact-based and child-focused. The interests or desires of the custodial parent are not relevant unless they coincide with the child's best interests.

Facilitating the exercise of access is an important priority in family law, as is suggested by the *Divorce Act* "friendly parent" rule. Maintaining close ties with both parents is taken to be a very important means of reducing the negative impact of divorce on children, and access is rarely denied altogether. The social science literature has shown that continued contact with both parents, in which the child feels no friction or conflict, can enable the child to recover more quickly from the parents' divorce and to avoid negative repercussions for his or her own development.

Applications for custody or access may be made by persons other than the parents of a child, if they are granted leave of the court. Such leave will usually be granted unless the third party application is being made for frivolous or vexatious reasons. Even if a leave application is successful, custody or access will be granted to a third party only in accordance with the child's best interests. Usually this type of order will be made in the type of situation where there is a close family member who has played a particularly important role in a child's life, such as a grandparent, whose regular and close contact with a child might be interrupted to the child's detriment by the parents' divorce.

2. Enforcement of Support, Custody and Access Orders

While the area of enforcement falls primarily within provincial legislative competence (under the provinces' authority with respect to "property and civil rights in the province") several federal statutes form an important component of the system whereby support and custody orders are enforced. Traditionally the enforcement of a support obligation, like any other obligation in a civil court order, fell to the individual support creditor. Creditors could enforce family law orders and agreements in a number of ways, such as summoning the payor to a judgment-debtor examination, garnisheeing wages or other money due to the payor, seizing property, registering writs against the debtor's name or real estate, or committal for contempt.

Since the mid-1980s, most Canadian provinces have established state-run agencies that are responsible for the enforcement of spousal and child support obligations at no cost to the creditor. Unacceptably high levels of non-compliance with support orders and agreements had been demonstrated for many years, with terrible economic consequences for both the children who were the intended beneficiaries of these orders and agreements, and their custodial parents (usually mothers). Many of these custodial parents turned to public assistance for financial relief, to the extent that eventually the enforcement of support obligations could no longer be treated as a private matter.

Under the provincial enforcement schemes, court orders were automatically filed with a central agency, which would receive support payments and forward them to support creditors. The systems varied widely from province to province and levels of effectiveness have not been clearly documented. Ontario, which had been one of the most aggressive provinces in support enforcement, is currently reducing the administrative support for its enforcement legislation and has closed all its Family Support Plan offices except in Toronto. Support recipients have expressed their concern that less effective enforcement is the result; serious delays in the forwarding of support payments to them have already been reported, bringing the effectiveness of Ontario's enforcement system into question.

Federal enforcement legislation has been designed to support and facilitate the efforts of the new provincial enforcement agencies. The *Family Orders and Agreements Enforcement Assistance Act* (R.S.C. 1985 (2nd Suppl.) c. 4 gives provincial enforcement agencies access to federal information sources, including Revenue Canada data banks, in order to assist in locating spouses in breach of support, custody or access orders or agreements. It also allows the garnishment of "garnishable moneys," which since 1988 have been defined in the Regulations under the Act as including income tax refunds, unemployment insurance benefits, old age security payments and training allowances, GST credits and Canada Pension Plan payments, in order to satisfy support orders or agreements that are in default. A new Licence Denial Scheme was added by Bill C-41, permitting the denial of certain federal licence applications in cases of

persistent support default. The definition of "licence" would include a passport, as well as a number of professional licences listed in a schedule to the bill, such as shipping, pilot and air traffic controller certificates and licences.

The *Garnishment, Attachment and Pension Diversion Act* (R.S.C. 1985, c. G-2) permits the garnishment of federal employees' salaries and federal pension benefits to satisfy support obligations.

PARLIAMENTARY ACTION

Since 1968, Parliament has considered a number of proposed amendments to the *Divorce Act*, aside from the two versions of the Act passed in 1968 and 1985 and various amendments made from time to time. According to Professor Julien Payne, to whom the drafting of the 1985 Act is commonly attributed, the primary objectives of a sound divorce law are:

> (i) to facilitate the legal termination of marriages that have irretrievably broken down with a minimum of hurt, humiliation and hardship;
>
> (ii) to promote an equitable disposition of the economic consequences of the marriage breakdown; and
>
> (iii) to ensure that reasonable arrangements are made for the upbringing of the children of divorcing parents.

In recent years, both legislators and policy-makers across Canada have paid significant attention to the financial repercussions of divorce and separation on children. The Federal/Provincial/Territorial Family Law Committee has done a great deal of work on the question of how to improve the financial lot of these children. Responses to this work have included the provinces' efforts in creating new and expensive enforcement mechanisms, and the adoption of child support guidelines. Other observers have focused on the tax treatment of child support as a potential area for reform, resulting in a reversal of the inclusion/deduction system of taxing child support payments as of 1 May 1997. For some years advocacy had taken place on behalf of support recipients who objected to the tax treatment of child support payments on the basis that it unfairly reduced the amount of money custodial parents had available to spend on their children. Members of Parliament such as Dawn Black and Beryl Gaffney made a series of motions in the House of Commons on the issue, culminating in the passage on 30 May 1994 of Ms. Gaffney's motion for the elimination of the requirement that child support be included in the income of the recipient for tax purposes. Several provisions of the *Income Tax Act* that required that such payments be included in the recipient's income were tested and upheld by the Supreme Court of Canada in the 1995 decision in *Thibaudeau* v. *R.* These provisions were repealed,

however, by amendments to the *Income Tax Act* that took effect on 1 May 1997. Child support payments under separation agreements or court orders made or varied on or after that date are "tax neutral"; the recipient does not report moneys received as income, and the payor does not get a tax deduction.

Attention has also been focused on custody and access issues, which became the most visible controversy arising from the study of Bill C-41 by Committees House of Commons and the Senate. In March 1993, the federal Department of Justice released a Discussion Paper on these, calling for comments in a number of areas for potential reform. In 1994 and 1995, the House of Commons Standing Committee on Justice and Legal Affairs considered and heard evidence about a Private Member's bill (C-232) introduced by Reform M.P. Daphne Jennings on the issue of grandparents' standing to make applications for custody and access under the Act. The bill was twice rejected by the Committee, but drew a great deal of interest from both parliamentarians and advocates for grandparents' rights. Following the Senate Social Affairs Committee's study of Bill C-41, the Minister of Justice and the Leader of the Government in the Senate agreed to the formation of a joint parliamentary committee to deal with the issues of custody of and access to children.

In November 1997, the Senate Standing Committee on Social Affairs, Science and Technology received an Order of Reference from the Senate to undertake a study monitoring the implementation and application of Bill C-41 and the Federal Child Support Guidelines. That Committee issued an interim report in June 1998, making a series of recommendations dealing with consultation and modification of the guidelines, "special or extraordinary expenses" (known as "add-ons"), support for adult children in post-secondary education, shared parenting, undue hardship, enforcement, and the access expenses of parents living at a distance from their children.

The Special Joint Committee on Child Custody and Access was formed in November 1997, and commenced hearings early in 1998 in its study of parenting arrangements after divorce. The Committee's Terms of Reference comprise the following objectives:

> That a Special Joint Committee of the Senate and the House of Commons be appointed to examine and analyze issues relating to custody and access arrangements after separation and divorce, and in particular, to assess the need for a more child-centred approach to family law policies and practices that would emphasize joint parental responsibilities and child-focused parenting arrangements based on children's needs and best interests.

The Special Joint Committee's report, *For the Sake of the Children*,

was tabled in December 1998. The Report, which reflected a one-year series of 39 public meetings spread over all the provinces, contained 48 recommendations covering many aspects of the contentious area of custody and access law and practice. Having heard from over 500 witnesses, members of the Committee were convinced that the problems they had raised called for legal and other changes.

The Committee's recommendations addressed legal issues at the international, federal and provincial levels, as well as other questions, such as funding, social policy and education. With respect to the *Divorce Act*, the Committee recommended that the terminology of "custody" and "access" be replaced with a new concept of "shared parenting." This concept, the Report makes clear, was not intended to create a presumption in favour of joint custody, but rather to enhance the roles of both parents in their children's lives, regardless of the residential arrangements that might be made. The Committee also recommended that decisions about post-separation parenting arrangements should be made on the basis of the "best interests of the child," and that the *Divorce Act* should be amended to include a list of statutory criteria to be employed in determining a particular child's best interests.

Through this Report, the Committee also informed the government of concerns about the Child Support Guidelines that had been raised in the course of their hearings. Although the Committee had not been charged with the study of these questions, nor had it actively solicited submissions on them, members concluded that the messages of so many witnesses should be brought to the Minister's attention.

The government's response to *For the Sake of the Children*, entitled *Strategy for Reform*, was released in May 1999. That document referred to the statutory obligation of the Department of Justice to provide Parliament by 1 May 2002 with the results of a comprehensive review of the provisions and operations of the Child Support Guidelines and the determination of child support. The Department's strategy is to incorporate the development of reforms to custody and access issues into that review process. Further research is also to be carried out jointly with the provinces and will include public consultations on specific reform proposals in 2001.

Given the contentious and polarized nature of custody and access, it is not surprising that reaction to the government's *Strategy for Reform* has been mixed. Those groups who advocated joint custody have applauded the document's endorsement of the principle that both parents should have equal statutory responsibilities for guiding, nurturing and financially supporting each of their children. Others have emphasized that both the Committee and the Justice Department refused to endorse any presumption in favour of a particular type of custodial arrangement. Many commentators have objected to the length of time for consultations that the government

paper suggests will be necessary before any legislative reform can take place.

A. Recent Legislative Developments

The government's most recent proposals to amend the *Divorce Act* were those announced in the March 1996 federal budget. They resulted in the 1997 amendments to the *Divorce Act* as well as the *Income Tax Act* and several pieces of federal enforcement legislation, as discussed below.

Bill C-41, An Act to amend the Divorce Act, the Family Orders and Agreements Enforcement Assistance Act, the Garnishment, Attachment and Pension Diversion Act and the Canada Shipping Act, received First Reading on 30 May 1996. It received Royal Assent 19 February 1997, and came into force 1 May 1997. The bill implemented part of the new child support package announced in the March 1996 federal budget. It made a number of changes to federal legislation dealing with child support and related issues, including the *Divorce Act*, in order to improve the adequacy and enforceability of child support payments under federal law. The other two of the four prongs of the new strategy were carried out through budget implementation legislation amending the *Income Tax Act*, and also in force since 1 May 1997. These latter amendments accomplished both the reversal of the current tax treatment of child support payments and the doubling of the maximum level of the Working Income Supplement of the Child Tax Benefit.

With the passage of Bill C-41, the *Divorce Act* was amended to establish a framework for using guidelines in the determination of quantum of child support. The guidelines, which will replace judicial discretion, have been established through the regulatory process. The second component of the March 1996 child support package, a variety of enforcement measures, was also accomplished through this bill. Amendments were made to the *Family Orders and Agreements Enforcement Assistance Act* (FOAEAA) to add Revenue Canada to the list of federal departments whose data banks can be searched in order to locate those defaulting on child or spousal support, and to establish a new federal scheme whereby licences would be denied to those who persistently breached their child support obligations. In order to satisfy support arrears, the bill also expanded access to federal public service employee pension benefits and the wages of persons working at sea.

The objective underlying the adoption of child support guidelines is to achieve fairer and more consistent levels of child support. This mechanism has been implemented across the United States, with mixed results so far. It is also hoped that the removal of child support negotiations at the time of separation will make divorce less traumatic for families and reduce legal costs, both for individuals and for the state, through savings in legal aid and court administration costs. In Canada, since the March 1996 budget announcements, lawyers, advocates for support recipients and payers of support have expressed varying views about the model that has

now been adopted here. Family lawyers differ on the appropriateness of the amounts set out in the guidelines, with most concluding that their application will produce unfair results at the low and high income extremes. Over the last 10 years or so, the education of the judiciary about the costs of raising children had begun a trend toward increasing awards in many cases; some fear that, by eliminating judicial discretion, this benefit may be lost.

In the course of hearings on Bill C-41, both the House of Commons Standing Committee on Justice and Legal Affairs and the Standing Senate Committee on Social Affairs, Science and Technology heard from a number of witnesses who expressed dissatisfaction with the government's order of priorities. They felt that child support should not have been dealt with before an attempt had been made to consider legislative reforms in the important areas of access to and custody of children. Members of the Senate Committee, in particular, were unhappy with the speed with which the bill was being studied and passed, and felt that they had not had an adequate opportunity to examine the custody and access issues raised by witnesses. The Senators were also very interested in testimony about the impact of the current "language of divorce" on divorcing parents and their children. Witnesses argued that the words "custody" and "non-custodial parent" have an undesirable alienating and diminishing impact on families, and particularly on the parent who does not provide the child's primary residence after divorce, most often the father.

The Senate Committee members sought an ongoing examination of the issues they saw as having been overlooked in the development of Bill C-41, and wanted a governmental commitment to a continued consideration of the issues that had been raised by the witnesses. One component of the arrangement that led to the passage of the bill by the Senate Committee was the agreement between the Minister of Justice and the Leader of the Government in the Senate for the formation of a joint parliamentary committee to deal with the issues of access to and custody of children. The Senators had also expressed concerns that the Guidelines, as regulations under the *Divorce Act*, would not be subject to the same form of parliamentary review as is applied to the development of legislation. In response to this concern, it was agreed that the Senate Committee would have an ongoing role in scrutiny of the Guidelines in the future. Both of these Committees are discussed above in the section entitled "Parliamentary Action."

B. Other Potential Areas for Reform

A number of aspects of divorce law have attracted the attention of commentators and family law practitioners as needing improvement. For example, across North America there has been vigorous debate for the last decade or more about the desirability of legislating a presumption that joint custody would be in children's best interests, or a requirement that all divorcing couples attend at least one meeting with a mediator before being allowed to litigate their dispute. Both of these options have been

exercised in a number of American jurisdictions, but continue to attract serious criticism. Mandatory mediation is now in place for all family law matters in Quebec. Other novel issues have come before Canadian courts that extend the application of existing family law legislation, and raise the question of whether they should be specifically provided for in divorce law or provincial family law legislation. Examples include same-sex support and custody/access rights and obligations, the mobility rights of divorced or separated spouses, how to prevent or respond more effectively to child abduction, and the relative financial obligations of spouses and the state in cases of illness or disability.

Two American innovations that may be appropriate for consideration in Canada are designed to improve the ability of the family law process to serve the needs of children whose parents divorce. The first, divorce education, seeks to inform parents about the effects of divorce on children, and provide parents with tools whereby they protect their children from these effects. Divorce education programs are affiliated with the courts in a number of American states and more than one Canadian province, where they form a mandatory part of the divorce process. Their content and form vary widely, and their success has been mixed, but research shows that they can help parents in the post-separation period avoid some of the most harmful behaviours. Another mechanism is the parenting plan, developed by the parents through negotiation or mediation, which is now a necessary component of the resolution of cases in some jurisdictions.

A number of these possibilities, including mediation, divorce education, and parenting plans, were studied by the Special Joint Committee on Child Custody and Access, and are canvassed in its report. Some of the latest opinions on issues such as mobility rights of divorcing parents and child abduction are also mentioned in this report.

CHRONOLOGY

1968 - First federal *Divorce Act* passed, introducing the concept of permanent breakdown of marriage as a ground for divorce.

1976 - Law Reform Commission Report on Family Law recommended that marriage breakdown be made the sole ground for divorce.

1985 - *Divorce Act, 1985* passed, reducing the required period of separation to one year to meet the "marriage breakdown" ground for divorce.

1990 - Justice Department published *Evaluation of the Divorce Act, Phase II: Monitoring and Evaluation*, concluding that the no-fault ground for divorce introduced in 1985 has contributed to reducing the adversarial nature of divorce proceedings.

1993 - *Custody and Access: Public Discussion Paper* released by the Department of Justice.

1994 - The Supreme Court of Canada handed down the *Young* v. *Young* decision on the rights of access parents.

1994 - Liberal M.P. Beryl Gaffney's Private Member's motion supporting the elimination of the requirement that child support be included in the recipient's income was passed by the House of Commons.

1995 - Federal/Provincial/Territorial Family Law Committee's Report and Recommendations on Child Support released; child support guidelines were recommended.

1995 - Bill C-232, a Private Member's bill introduced by Reform M.P. Daphne Jennings, which would have amended the *Divorce Act* to facilitate custody and access applications by grandparents, was studied and defeated by the House of Commons Standing Committee on Justice and Legal Affairs.

1996 - Federal budget announcement of new Child Support Package, including Federal Child Support Guidelines, elimination of the inclusion/deduction mechanism for child support, new enforcement measures and enhancement of the Working Income Supplement of the Child Tax Benefit.

1997 - Bill C-41, An Act to amend the Divorce Act, the Family Orders and Agreements Enforcement Assistance Act, the Garnishment, Attachment and Pension Diversion Act and the Canada Shipping Act received Royal Assent on 19 February 1997, and came into force on 1 May 1997.

1998 – *For the Sake of the Children*, the Report of the Special Joint Committee on Child Custody and Access, was tabled in December.

1999 – *Strategy for Reform*, the government response to the Report of the Special Joint Committee on Child Custody and Access, was released in May.

SELECTED REFERENCES

Arbuthnot Jack and Donald Gordon. "Divorce Education for Parents and Children." Paper delivered at the National Family Law Program. Ottawa, July 1996.

Department of Justice. *Evaluation of the Divorce Act: Phase II.* Ottawa, May 1990.

Douglas, Kristen. *Bill C-41: An Act to Amend the Divorce Act, the Family Orders and Agreements Enforcement Assistance Act, the*

Garnishment, Attachment and Pension Diversion Act and the Canada Shipping Act. Legislative Summary LS-258E, Research Branch, Library of Parliament, Ottawa, 10 July 1996.

Government of Canada. *Budget 1996: The New Child Support Package.* Ottawa, 1996.

Hovius, Berend. *Family Law: Cases, Notes & Materials.* Fourth Edition. Carswell, Toronto, 1996.

MacDonald James and Ann Wilton. *The Annotated Divorce Act.* Carswell, Toronto, 1991-1998.

Payne, Julien. *Payne on Divorce.* Fourth Edition. Carswell, Toronto, 1996.

Rogerson, Carol. "Spousal Support After *Moge*." **(1996-97), 14 C.F.L.Q. 281**.

TABLE OF CASES

Bracklow v. Bracklow, [1999] 1 S.C.R. 420.

Caron v. *Caron* (1987), 7 R.F.L. (3d) 274 (S.C.C.).

Droit de la famille - 1150; D.P. v. *C.S.* (1994), 49 R.F.L. (3d) 317 (S.C.C.).

Moge v. *Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, 43 R.F.L. (3d) 345.

Paras v. *Paras*, [1971] 1 O.R. 130 (C.A.).

Pelech v. *Pelech* (1987), 7 R.F.L. (3d) 225 (S.C.C.).

Richardson v. *Richardson* (1987), 7 R.F.L. (3d) 304 (S.C.C.).

Young v. *Young* (1994), 49 R.F.L. (3d) 117 (S.C.C.).

---

* The original version of this Current Issue Review was published in October 1996; the paper has been regularly updated since that time.

Gouvernement du Canada Government of Canada Canada

English | Contactez-nous | Aide | Recherche | Site du Canada

Quoi de neuf | Qui sommes-nous | Page d'accueil du PSD | Page d'accueil de TPSGC | Page d'accueil de DGSCC

Programme des services de dépôt

Bibliothèque du Parlement
Direction de la recherche parlementaire

96-3F

LE DIVORCE — ÉTAT DU DROIT AU CANADA

Rédaction :
Kristen Douglas
Division du droit et du gouvernement
Révisé le 23 février 2000

TABLE DES MATIÈRES

DÉFINITION DU SUJET

CONTEXTE ET ANALYSE

A. Historique du droit en matière de divorce au Canada

B. *Loi de 1985 sur le divorce*

1. Demandes de mesures accessoires
   a. Les ordonnances alimentaires au profit des enfants
   b. Ordonnances alimentaires au profit de l'époux
   c. Les ordonnances de garde et d'accès

2. Exécution des ordonnances relatives aux aliments, à la garde et à l'accès

MESURES PARLEMENTAIRES

A. Récents changements législatifs

B. Autres domaines de réforme possibles

CHRONOLOGIE

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE

JURISPRUDENCE

LE DIVORCE — ÉTAT DU DROIT AU CANADA*

DÉFINITION DU SUJET

Au cours des dernières décennies, le droit de la famille au Canada a fait l'objet de fréquentes réformes importantes. Les modifications apportées aux lois provinciales et fédérales dans le domaine, ainsi que l'évolution imputable à la jurisprudence, ont reflété des transformations sociales spectaculaires comme la multiplication des couples qui se séparent ou qui vivent en concubinage, l'accroissement du nombre de femmes qui travaillent à l'extérieur du foyer ainsi qu'à la maison et l'apparition de familles où les enfants vivent avec un seul parent ou avec un beau-parent, et elles ont parfois même anticipé sur elles. Le droit en matière de divorce est l'une des composantes clés du droit de la famille au Canada. Dans ce document, nous examinons l'état actuel du droit en matière de divorce au pays et nous abordons quelques aspects du droit de compétence fédérale qui pourraient éventuellement être modifiés.

Comme de plus en plus de gens, chaque année, vivent un divorce ou une séparation, qu'il s'agisse du ou de la leur ou de celui ou de celle d'un proche, le droit de la famille continue d'avoir une incidence considérable sur un nombre croissant de Canadiens. Près de 40 p. 100 des mariages au Canada se terminent maintenant par un divorce. Les publications en sciences sociales regorgent de témoignages sur les effets négatifs que le divorce peut avoir sur la santé affective des enfants et des autres membres de la famille, et les préjudices économiques causés par le divorce et la séparation sont bien connus. Depuis l'adoption en 1968 de la première loi fédérale sur le divorce, la société tolère mieux la séparation et le remariage, d'autant que les grandes réformes réalisées par la *Loi de 1985 sur le divorce* les ont rendus plus faciles.

CONTEXTE ET ANALYSE

A. Historique du droit en matière de divorce au Canada

Avant 1968, il n'y avait pas de loi fédérale sur le divorce. À Terre-Neuve et au Québec, deux provinces dépourvues d'une loi provinciale en la matière, ceux qui voulaient mettre un terme à leur

union devaient faire adopter une loi privée par le Parlement fédéral. Dans la plupart des autres provinces et territoires, la loi provinciale incorporait par renvoi la *Matrimonial Causes Act* britannique de 1857, qui permettait à un homme d'obtenir un divorce si son épouse avait commis l'adultère. La femme, elle, n'obtenait le divorce que si elle pouvait prouver que son mari s'était rendu coupable d'adultère incestueux, de viol, de sodomie, de bestialité, de bigamie ou d'adultère conjugué à la cruauté ou à l'abandon du domicile conjugal. Les épouses dont il était prouvé qu'elles étaient adultères n'avaient pas droit à une pension alimentaire et les époux ne pouvaient en aucune circonstance demander une pension alimentaire. Certaines provinces ont adopté une loi autorisant l'un ou l'autre des époux à demander le divorce pour adultère. Les lois provinciales sur le divorce sont demeurées en vigueur jusqu'à ce que le Parlement adopte la *Loi sur le divorce* en 1968.

La *Loi sur le divorce* de 1968 a introduit le concept de la rupture définitive du mariage comme motif de divorce, tout en conservant les autres causes liées à la notion de faute, dont les plus importantes étaient l'adultère, la cruauté et l'abandon du foyer conjugal. Le principe du divorce sans égard à la faute ayant soulevé une vive controverse, on a préféré s'en tenir au même compromis dans la *Loi de 1985 sur le divorce*, qui combine les motifs avec faute et les motifs sans faute. On a ainsi reconnu non seulement que les mariages se terminent souvent sans qu'une faute maritale ait été commise, mais aussi qu'accepter uniquement des requêtes en divorce alléguant une faute ne fait qu'envenimer et perpétuer une procédure déjà désagréable, coûteuse et parfois préjudiciable. On a allongé la liste des causes de divorce en ajoutant un motif sans notion de faute afin d'épargner au moins à quelques couples cette procédure souvent pénible.

Les motifs de divorce énoncés dans la *Loi sur le divorce* de 1968 pouvaient être invoqués tant par les femmes que par les hommes; on avait donc supprimé le deux poids, deux mesures de la *Matrimonial Causes Act* britannique. Les articles 3 et 4 énuméraient les diverses causes de divorce reconnues. Parmi celles figurant à l'article 3, il y avait l'adultère, le viol ou une autre infraction sexuelle telle que un acte d'homosexualité, la bigamie ou la cruauté mentale ou physique. Des motifs supplémentaires prévus à l'article 4 de la Loi s'appliquaient si les époux vivaient séparés l'un de l'autre parce que leur mariage avait été rompu de façon définitive en raison de certaines situations, par exemple si le conjoint intimé avait été emprisonné pendant plus de deux ans, était alcoolique ou toxicomane, avait disparu ou avait abandonné le conjoint requérant, ou encore si le mariage n'avait pas été consommé.

Selon la Loi de 1968, le jugement de divorce ne pouvait être accordé qu'après une instruction devant un juge qui devait être convaincu de ce qui suit : les conjoints avaient un motif autre que le simple consentement au divorce; il n'y avait pas eu collusion entre les parties (p. ex. pour induire le juge en erreur); il n'y avait pas eu de pardon ou d'approbation de l'action dont s'était ensuite plaint le requérant; il n'y avait pas eu de

connivence de la part du requérant (c.-à-d. le conjoint n'avait pas été incité à commettre l'offense maritale); il n'y avait aucun espoir raisonnable de réconciliation; et il y avait eu une entente acceptable sur la garde des enfants ou sur les aliments pour le conjoint à charge et le jugement de divorce n'y serait pas préjudiciable. Les jugements de divorce étaient rendus en deux temps : d'abord il y avait un jugement conditionnel et, trois mois plus tard, à moins qu'un juge n'abrège cette période, le requérant pouvait demander un jugement irrévocable, après quoi les parties avaient le droit de se remarier.

Le droit de la famille est une compétence partagée au Canada. Si la *Loi constitutionnelle de 1867* confie le divorce au Parlement fédéral, elle confère aux provinces les pouvoirs législatifs en matière de propriété et de droits civils. Le Parlement a donc le pouvoir exclusif d'adopter des lois concernant le divorce, y compris les questions accessoires telles que les aliments et la garde des enfants. Les lois provinciales en droit de la famille visent tout ce qui concerne la séparation des couples non mariés, y compris les aliments et la garde des enfants dans les cas où le divorce n'est pas demandé, la répartition des biens, l'exécution des ordonnances alimentaires et des autres obligations, l'adoption, la protection des enfants, le changement de nom et l'administration des tribunaux. Comme les compétences se chevauchent un peu en droit de la famille, la plupart des réformes entreprises sont le fruit de travaux menés par les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux. Néanmoins, il y a des différences marquées entre les lois des diverses provinces canadiennes dans le domaine.

En 1976, dans son influent *Rapport sur le droit de la famille* , la Commission de réforme du droit du Canada a recommandé de retenir l'échec du mariage comme seule cause de divorce afin d'atténuer l'hostilité dont est empreinte la procédure de confrontation traditionnelle et de favoriser des solutions plus constructives aux différends familiaux qui surviennent à l'occasion de la séparation. Elle a aussi recommandé que soit établi dans tout le pays des tribunaux unifiés de la famille qui auraient une juridiction exclusive dans ce domaine du droit. Cette dernière recommandation ne s'est que partiellement concrétisée lorsque des tribunaux unifiés de la famille ont été créés dans certaines villes canadiennes. En outre, la *Loi de 1985 sur le divorce* n'a rejeté qu'en partie la notion de faute dans les requêtes en divorce, en prévoyant un seul motif de divorce, l'échec du mariage, qui peut être établi en prouvant soit que le couple vit séparé depuis au moins un an, soit qu'il y a eu adultère, cruauté physique ou cruauté mentale, les trois critères rattachés à une faute qui sont toujours reconnus.

B. *Loi de 1985 sur le divorce*

La *Loi de 1985 sur le divorce* a modifié les règles régissant la compétence des tribunaux en la matière. Les articles 3 à 6 de la Loi définissent les circonstances dans lesquelles le tribunal d'une province a compétence pour instruire une action en divorce, à savoir, de façon

générale, lorsque l'un au moins des époux réside habituellement dans la province où l'instance est introduite. Toute action ultérieure en modification ne sera pas nécessairement entendue par le tribunal qui a rendu le jugement de divorce; elle pourra être présentée soit au tribunal de la province dans laquelle l'un au moins des ex-époux réside habituellement, soit au tribunal dont les deux ex-époux reconnaissent la compétence.

Comme nous l'avons mentionné précédemment, la Loi de 1985 a considérablement modifié les motifs de divorce reconnus. Selon son article 8, le divorce peut être accordé pour cause d'échec du mariage. On établit cet échec en démontrant que les époux ont vécu séparément pendant au moins un an ou que le conjoint intimé a soit commis l'adultère, soit traité l'autre avec une cruauté physique ou mentale telle que la cohabitation est devenue impossible. Lorsque l'échec du mariage est établi par la séparation des époux, la période de séparation est calculée à partir de la date à laquelle ils ont commencé à vivre séparément. Le divorce peut être demandé avant la fin de la période de un an, mais le jugement ne sera accordé qu'après l'expiration du délai prévu. Dans leurs tentatives de réconciliation, les époux reprennent souvent la vie commune. Une cohabitation qui dure plus de 90 jours interrompt la période de vie séparée, qu'il faut donc recommencer à calculer à partir de la date de la nouvelle séparation.

L'article 11 de la Loi énonce les motifs de refus de la juridiction; ce sont sensiblement les mêmes que ceux que prévoyait la Loi de 1968, à savoir que le divorce n'est pas autorisé s'il y a eu collusion entre les parties ou si des arrangements raisonnables n'ont pas encore été conclus relativement aux aliments des enfants à charge. De plus, un divorce demandé pour cruauté ne sera accordé que s'il n'y a pas eu de pardon ou de connivence de la part de l'époux demandeur.

La disposition de l'article 8 permettant aux parties de demander conjointement le divorce est l'une des nouveautés adoptées en 1985. Cette demande conjointe, fondée sur l'échec du mariage confirmé par le fait que les époux vivent séparément depuis au moins un an, peut comprendre des demandes concernant les aliments et la garde des enfants ou l'accès à ceux-ci. Bien que les mesures législatives relatives au divorce relèvent du fédéral, la pratique et la procédure judiciaires sont du ressort des provinces. Comme la disposition de l'article 8 envisage clairement des demandes conjointes, cela a permis d'utiliser des formulaires que les époux peuvent remplir ensemble. La plupart du temps, s'ils ont réglé tous les points litigieux ou s'ils ne recherchent aucune autre mesure que le divorce, les conjoints conviendront que l'un d'eux présente la demande et que l'autre ne réplique pas, ce qui permet d'instruire l'instance comme s'il s'agissait d'un divorce non contesté. Le cas échéant ou si tout est réglé d'avance, les conjoints ne sont pas tenus de se présenter devant le juge.

L'article 9 de la Loi oblige les avocats à discuter avec leurs clients des

possibilités de réconciliation et des services de négociation ou de médiation pour décider des mesures accessoires à l'action en divorce, telles que les aliments ou la garde. Le paragraphe 9(1) réitère l'obligation énoncée à l'article 7 de la *Loi sur le divorce* de 1968, qui exigeait des avocats qu'ils discutent des possibilités de réconciliation. tandis que le paragraphe 9(2) ajoute celle de suggérer la négociation et la médiation. Ce paragraphe favorise les ententes négociées et la médiation, une méthode suivant laquelle les parties règlent les questions litigieuses avec l'aide d'un tiers neutre. En vertu de l'article 10, les juges doivent s'assurer qu'il n'y a manifestement aucune possibilité de réconciliation des conjoints. Ils sont aussi tenus de suspendre l'instance et d'encourager les époux à rencontrer un conseiller matrimonial s'il y a lieu.

Il n'est pas certain que les obligations imposées aux avocats par l'article 9 augmentent la probabilité que les parties accepteront la réconciliation, la négociation ou la médiation. Ce qui ne fait pas de doute, toutefois, c'est que de nombreux couples arrivent à négocier des ententes, puisque selon le professeur Julien Payne, 86 p. 100 des divorces ne sont pas contestés au départ et 4 p. 100 seulement font l'objet d'un procès. Souvent, les litiges en droit de la famille se règlent par la négociation entre les parties, chacune étant représentée par un avocat, avant même le dépôt d'une requête en divorce. Ces divorces sont réputés ne pas avoir été contestés, même si les ententes qui les visent peuvent renfermer une foule de mesures alimentaires différentes, parce qu'ils ont été conclus sans l'intervention du tribunal.

La médiation est une autre méthode employée soit pour régler les litiges matrimoniaux à l'amiable, soit pour faciliter l'issue de l'action en divorce. Parfois, les médiateurs relèvent du tribunal, mais la plupart du temps, ils sont du secteur privé. Les parties à la médiation sont souvent représentées par leur avocat personnel tout au long du processus. Les qualités et compétences des médiateurs varient énormément, mais l'on s'efforce actuellement de mettre sur pied un système de reconnaissance professionnelle afin de s'assurer que ceux qui se prétendent médiateurs remplissent certaines conditions de base. Les partisans de la médiation soutiennent qu'elle permet aux gens de régler leurs affaires matrimoniales plus rapidement qu'un procès et que les conjoints qui ont choisi eux-mêmes le mode de règlement de leur litige seront plus déterminés à exécuter l'entente conclue et auront donc plus de facilité, avec le temps, à discuter ensemble amicalement. La médiation comme méthode de substitution au procès suscite un intérêt croissant, même si son effet n'a pas encore été parfaitement démontré.

De plus en plus d'avocats en droit de la famille font de la médiation parce que c'est un domaine en croissance. D'ailleurs, leurs corporations professionnelles dans presque toutes les provinces ont avalisé cette pratique. On estime que la médiation des litiges sur la garde et l'accès devrait pourtant être menée par des spécialistes ayant une formation en travail social ou en psychologie plutôt qu'en droit. Après la conclusion

d'une entente, ce qui aura été réglé soit par la négociation avec l'aide des avocats, soit par la médiation sera consigné dans une convention de séparation ou dans les documents de règlement afférents à l'action en divorce. Les termes du règlement ou de la convention peuvent ensuite être incorporés dans le jugement de divorce afin d'en faciliter l'exécution.

En vertu de l'article 12 de la *Loi de 1985 sur le divorce*, un divorce prend effet 31 jours après que le jugement l'accordant a été prononcé. Cette disposition a supprimé la procédure en deux temps — jugement conditionnel suivi du jugement irrévocable — prévue dans la Loi de 1968. Le tribunal peut écourter le délai de 31 jours dans des circonstances particulières, si les époux conviennent de ne pas interjeter appel du jugement. Les certificats prouvant la prise d'effet du divorce, que doivent présenter ceux qui désirent se remarier, ne sont généralement pas disponibles avant l'expiration du délai de 31 jours.

1. Demandes de mesures accessoires

Aux termes des articles 15 à 19 de la *Loi sur le divorce*, le tribunal qui instruit l'instance de divorce a le pouvoir d'accorder des mesures accessoires. Ces mesures peuvent être formulées par le conjoint qui demande le divorce ou, dans une requête reconventionnelle, par le conjoint contre qui le divorce est demandé. Les demandes de mesures accessoires peuvent être conjuguées à celles concernant le partage des biens ou à d'autres mesures de redressement rendues en vertu des lois provinciales pertinentes. Les ordonnances peuvent être provisoires ou permanentes. Il existe même dans certaines provinces des ordonnances provisoires sur la garde et les aliments afin de subvenir aux besoins des membres d'une famille à charge, en attendant que les demandes de mesures accessoires provisoires soient réglées. Il est également possible, dans les provinces où les règles de procédure le permettent, de séparer la requête en divorce de la demande de mesures accessoires. Ainsi, un jugement conditionnel de divorce peut-être rendu avant même que le tribunal ait examiné la question des mesures accessoires.

Un tribunal qui, conformément aux articles 3 à 7 de la *Loi sur le divorce*, a compétence pour connaître d'une demande de divorce, peut rendre ou modifier des ordonnances alimentaires au profit des enfants ou du conjoint et des ordonnances concernant les droits de garde et d'accès relativement aux enfants à charge. En vertu des articles 15 à 15.3 de la Loi, le tribunal peut ordonner à un époux de garantir ou de verser (ou de garantir et de verser), sous forme de capital ou de pension, des aliments soit à l'autre époux, soit aux enfants à charge, soit à tous. Des ordonnances alimentaires provisoires peuvent aussi être rendues dans le but de subvenir aux besoins des membres de la famille à charge en attendant le jugement définitif, ou pour payer les honoraires d'experts chargés d'évaluer les biens qui devront être partagés en vertu des lois provinciales sur le patrimoine familial.

Il est expressément interdit, en vertu du paragraphe 15.2(5), de tenir compte des fautes commises par les époux dans la détermination de l'ordonnance alimentaire. Le paragraphe (4) énonce les facteurs qui doivent plutôt être considérés, notamment les ressources, les besoins et la situation de chacun des époux et de tout enfant à charge, la durée de la cohabitation des époux, les fonctions qu'ils ont remplies au cours de celle-ci, et toute ordonnance, entente ou autre arrangement alimentaire au profit de l'époux ou des enfants.

Le paragraphe 15.2(6) énumère une liste d'objectifs que doivent viser les ordonnances alimentaires au profit d'un époux. Les ordonnances alimentaires au profit d'un époux doivent tenir compte des avantages ou inconvénients économiques qui découlent pour les époux du mariage ou de son échec, répartir les conséquences économiques découlant du soin des enfants à charge, remédier à toute difficulté économique et, dans la mesure du possible, favoriser l'indépendance économique de chacun des époux dans un délai raisonnable. **Depuis 1997, les demandes d'ordonnance alimentaire se font en vertu de l'art. 15.1 de la *Loi sur le divorce*, qui fait référence aux lignes directrices applicables, notamment les *Lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants* énoncées dans le règlement d'application de la Loi.** Jusqu'en 1997, le montant des pensions alimentaires pour enfants était fixé en fonction des résultats d'un critère législatif visant à partager la responsabilité des frais engagés pour élever un enfant entre les parents, proportionnellement à la capacité de payer de ces derniers. Depuis l'adoption du projet de loi C-41, qui est entré en vigueur le 1 er mai 1997, le montant de la pension alimentaire pour enfants est régi par les « lignes directrices » applicables définies dans la Loi comme étant des lignes directrices provinciales, lorsque le Cabinet fédéral les a déclarées applicables, ou les lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants dans tous les autres cas. Les ordonnances alimentaires au profit des enfants doivent être rendues en fonction des lignes directrices applicables sur les pensions alimentaires pour enfants ou correspondre à un montant différent, en vertu du paragraphe 15.1(5), lorsque le tribunal est convaincu que l'application des lignes directrices serait inéquitable.

Les demandes de garde et d'accès sont régies par l'article 16 de la *Loi sur le divorce* ; elles peuvent être présentées par l'un ou l'autre des conjoints ou par toute autre personne qui a obtenu l'autorisation du tribunal (paragraphe 16(3)). Ces ordonnances peuvent être provisoires, en attendant une décision irrévocable. Dans certains cas, le tribunal peut rendre une ordonnance de garde partagée au lieu de confier la garde à un seul des conjoints. Aux termes du paragraphe 16(5), le conjoint qui obtient un droit d'accès peut demander au parent qui a la garde et se faire donner des renseignements relatifs à la santé, à l'éducation et au bien-être de l'enfant. Comme le prévoient les paragraphes 16(8) et 16(9), en rendant une ordonnance de garde ou d'accès, le tribunal doit

tenir compte de l'intérêt de l'enfant à charge, défini en fonction de ses ressources, de ses besoins et de sa situation, mais faire abstraction de la conduite antérieure d'une personne, sauf si cette conduite est liée à l'aptitude de cette personne à agir comme père ou comme mère.

Le paragraphe 16(10) oblige le tribunal qui rend une ordonnance de garde ou d'accès à appliquer le principe selon lequel l'enfant à charge doit avoir avec chaque conjoint un maximum de communication compatible avec son propre intérêt et, donc, à tenir compte de la volonté des deux époux de faciliter l'exercice du droit d'accès. Cette règle des « parents sympathiques » se fonde sur la prémisse qu'il est dans l'intérêt de l'enfant d'avoir le contact le plus étroit possible avec ses deux parents et qu'il faut décourager toute conduite, de la part d'un des époux, susceptible de nuire à la relation entre l'enfant et l'autre conjoint.

L'article 17 de la Loi énonce les conditions que doivent remplir les demandes de modification d'une ordonnance alimentaire ou d'une ordonnance de garde. Les paragraphes 17(7) et 17(8) énumèrent les mêmes objectifs que ceux fixés pour l'ordonnance initiale. Le principe du maximum de communication est répété au paragraphe 17(9), car il doit aussi être appliqué à l'ordonnance modificative d'une ordonnance de garde. En rendant une ordonnance modificative, le tribunal doit tenir compte des facteurs énumérés aux paragraphes 17(4) et 17(5), à savoir s'assurer qu'il est survenu un changement dans les ressources, les besoins ou la situation de l'époux ou de l'enfant depuis le prononcé de l'ordonnance alimentaire à modifier. Une ordonnance alimentaire dont la durée de validité est déterminée ou dépend d'un événement précis ne peut être modifiée après l'échéance de son terme que si le tribunal est convaincu que l'ordonnance modificative s'impose pour remédier à une difficulté économique causée par un changement lié au mariage et que l'ordonnance à modifier aurait été vraisemblablement différente si les nouvelles circonstances avaient existé à l'époque où elle a été rendue.

a. Les ordonnances alimentaires au profit des enfants

Selon la *Loi sur le divorce*, une ordonnance alimentaire peut être demandée pour les enfants à charge ou l'un deux, c'est-à-dire, d'après la définition, plusieurs enfants ou l'enfant des deux parties à un divorce qui n'ont pas atteint l'âge de la majorité ou qui ont au moins 16 ans et qui ne peuvent cesser d'être à leur charge, ou subvenir à ses propres besoins, pour cause de maladie ou d'invalidité ou pour toute autre cause. Pourtant, les pensions alimentaires pour enfants ne cessent pas d'être versées lorsque ceux-ci atteignent l'âge de 16 ans, ou même de 18 ans, mais lorsque l'enfant subvient lui-même à ses besoins ou que sa situation le permet. La fréquentation d'un établissement d'enseignement postsecondaire justifie souvent le versement d'une pension alimentaire à un enfant qui a dépassé l'âge de la majorité, à condition que les parents en aient les moyens et que, s'ils n'étaient pas séparés, ils aient vraisemblablement approuvé ses études.

Pour avoir droit à une pension alimentaire, il n'est pas nécessaire d'être l'enfant biologique des deux conjoints ou de l'un des deux. Le paragraphe 2(2) de la Loi stipule que l'expression « enfant à charge » comprend l'enfant pour lequel les deux époux tiennent lieu de père et de mère ou pour lequel l'un des époux est le père ou la mère et l'autre en tient lieu. Entre autres considérations servant à déterminer si tel est le cas, il y a le degré d'aide financière apportée à l'enfant par cette personne; l'intention de cette personne d'agir comme le père ou la mère de l'enfant au sens affectif, pratique et juridique; et la durée de la période pendant laquelle cette personne a joué ce rôle auprès de l'enfant. Dans certains cas seulement, les obligations relatives du père ou de la mère biologique, du beau-père ou de la belle-mère ou de la personne qui a manifesté son intention de jouer ce rôle sont appréciées relativement à un même enfant et, selon l'ensemble des facteurs considérés, l'obligation alimentaire des parents naturels peut être jugée plus importante.

Jusqu'en1997, les facteurs dont le tribunal devait tenir compte en rendant une ordonnance alimentaire au profit d'un enfant étaient énumérés au paragraphe 15(5) de la *Loi sur le divorce*, tandis que les objectifs se trouvaient au paragraphe 15(8). Des critères comparables étaient prévus à l'article 17 relativement à l'ordonnance modificative d'une pension alimentaire pour un enfant. Les objectifs, y compris la reconnaissance et la répartition de l'obligation financière commune des époux, constituaient une codification du célèbre arrêt *Paras* c. *Paras* rendu par la Cour d'appel de l'Ontario, qui établissait une formule pour calculer la pension alimentaire après avoir réparti entre les parents les dépenses liées à l'enfant, en fonction de leurs moyens financiers respectifs. Pour fixer le montant des aliments à verser, le tribunal tentait de s'assurer que tous les frais raisonnablement engagés pour élever un enfant étaient assumés proportionnellement par chacun des parents et que la séparation et le divorce des parents changeraient le moins possible le niveau de vie de l'enfant.

Le calcul du montant des aliments reposait en partie sur la détermination des moyens financiers de celui des parents qui devrait les verser (le « débiteur »). C'était une démarche qui consistait à apprécier les faits en se basant sur les renseignements financiers que cette personne soumettait au tribunal. Cependant, le tribunal pouvait imputer un revenu à un conjoint qui l'avait réduit artificiellement, par exemple en quittant son emploi ou en refusant d'effectuer des heures supplémentaires. Il fallait encore déterminer combien élever un enfant pouvait coûter. On le faisait à partir des preuves produites par le conjoint qui avait la garde sur les coûts réels et prévus associés à chacun des enfants, entre autres, les frais de garderie et les frais relatifs à l'alimentation, aux vêtements, au logement, aux activités parascolaires comme les diverses leçons, les frais médicaux et dentaires, et même les colonies de vacances et les articles de sport.

Le projet de loi C-41, *Loi modifiant la Loi sur le divorce, la Loi d'aide*

à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales, la Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions et la Loi sur la marine marchande du Canada, a été adopté au printemps de 1997 et est entré en vigueur le 1er mai 1997. Ce projet de loi a supprimé le critère préalable appliqué pour le calcul du montant des pensions alimentaires pour enfants, décrit ci-dessus, qui avait été largement critiqué, du fait qu'il donnait lieu à des montants insuffisants, incompatibles et arbitraires. Le principe à l'origine de ce critère, soit la répartition conjointe des frais engagés pour élever un enfant, reste dans la Loi, puisqu'il a été réinséré au paragraphe 26.1(2) par le Comité sénatorial des affaires sociales lors de son étude du projet de loi. Cependant, les tribunaux sont maintenant tenus d'adjuger les pensions alimentaires pour enfants conformément aux tableaux établis dans les lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants, qui sont promulguées comme règlements pris en vertu de l'article 26.1 de la Loi, à moins que les époux ne résident dans une province dont les lignes directrices ont été déclarées applicables.

Les lignes directrices comprennent non seulement les tableaux fixant le montant des pensions alimentaires payables pour chaque enfant (en fonction du revenu de l'époux débiteur), mais elles établissent aussi une série de dispositions régissant d'autres aspects de la détermination, comme le calcul du revenu du débiteur, les circonstances dans lesquelles les montants peuvent être augmentés ou diminués par rapport aux montants des tableaux, et le critère à appliquer à la suite d'un divorce dans les cas de garde partagée (c'est-à-dire lorsque l'époux débiteur a la garde physique de l'enfant pendant au moins 40 p. 100 du temps).

La plupart des provinces ? soit la Saskatchewan, l'Ontario, l'Île-du-Prince-Édouard, Terre-Neuve, la Colombie-Britannique, le Nouveau-Brunswick et le Manitoba ? ont adopté ou légèrement modifié les *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants* et les utilisent dans les affaires de droit familial à l'échelon provincial. Le Québec a adopté ses propres lignes directrices en mai 1997. Le gouvernement fédéral a reconnu les lignes directrices du Manitoba, de l'Île-du-Prince-Édouard et du Nouveau-Brunswick, ainsi que du Québec de sorte que celles-ci s'appliqueront dans les affaires réglées aux termes de la *Loi sur le Divorce* et des lois de compétence provinciale. **L'Alberta et le Yukon ne se sont pas encore donné de lignes directrices. L'Alberta a décidé qu'elle examinerait ses choix au bout d'une période de surveillance de l'application des lignes directrices fédérales. La province et le territoire ont chacun adopté une loi créant des lignes directrices, mais ni l'une ni l'autre n'a été proclamée en vigueur.**

Dans la plupart des cas, lorsque les lignes directrices adoptées par les provinces diffèrent du modèle fédéral, il s'agit de variantes mineures, destinées à harmoniser les lignes directrices fédérales et la législation et la procédure de la province. Par exemple, la *Loi sur*

***le droit de la famille* en Ontario a été modifiée pour permettre l'adoption de lignes directrices où le terme « parent » remplace le terme « conjoint », étant donné que la Loi s'applique tant à des parents mariés que non mariés. Ailleurs, on note des différences plus importantes, comme à Terre-Neuve où les deux parents sont obligés de fournir des informations financières, ou en Nouvelle-Écosse, où il n'est pas question de service provincial en matière de pensions alimentaires, étant donné que la province n'en a pas. Il existe des différences plus grandes dans le cas des provinces dont les lignes directrices ont été reconnues, notamment au Manitoba, à l'Île-du-Prince-Édouard et au Nouveau-Brunswick.**

b. Ordonnances alimentaires au profit de l'époux

La question de la pension alimentaire pour le conjoint est l'un des aspects du droit en matière de divorce qui est des plus complexes et qui évolue rapidement. La *Loi sur le divorce* a rompu le lien qui existait autrefois entre la conduite des époux et le droit à une pension. Le paragraphe 15.2(6) énonce les objectifs que doivent viser les ordonnances alimentaires pour les conjoints, à savoir prendre en compte les avantages ou inconvénients économiques, répartir les conséquences économiques, remédier à toute difficulté économique et favoriser l'indépendance économique. Depuis l'adoption de la Loi en 1985, ces objectifs ont été maintes fois interprétés par les tribunaux.

Des nombreux développements clés survenus dans l'application des dispositions de la *Loi sur le divorce* relatives aux aliments pour les conjoints, l'un des principaux a été sans conteste la trilogie d'arrêts en la matière rendue par la Cour suprême du Canada en 1987, à savoir les arrêts *Pelech, Caron* et *Richardson*. Ces trois affaires concernent des ex-épouses démunies qui demandaient une pension alimentaire malgré l'existence de conventions de séparation niant leur droit aux aliments ou y mettant un terme. On a généralement considéré que la trilogie avait établi le principe de la « rupture nette » applicable aux aliments pour le conjoint et le critère du lien de causalité. Le premier veut qu'il soit préférable pour les conjoints de rompre nettement l'un avec l'autre en réglant chacun leurs propres affaires de façon définitive; le second veut qu'il existe un lien de cause à effet démontrable entre la dépendance économique du conjoint et le mariage pour qu'on puisse faire accepter une demande d'annulation de la convention de séparation.

L'application du raisonnement exposé dans la trilogie, en particulier dans les affaires concernant les ordonnances alimentaires initiales pour le conjoint, a abouti à des jugements extrêmement durs. On a exagéré l'importance de l'indépendance économique comme objectif des ordonnances, prévu au paragraphe 15.2(6), parce que l'on avait un point de vue irréaliste de la condition des femmes dans la société canadienne. Alors que la Loi part du principe que l'homme et la femme devraient être en mesure autant l'un que l'autre de subvenir à leurs besoins matériels, en réalité, le salaire des femmes a toujours été et continue

d'être inférieur à celui des hommes. De plus, en décidant de délaisser le marché du travail pour élever leurs enfants, les femmes accentuent leur désavantage économique.

Le critère de l'indépendance économique a été graduellement affaibli par les tribunaux de tout le Canada jusqu'à ce qu'il soit finalement aboli par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Moge* c. *Moge*. La Cour a rejeté le modèle de l'indépendance économique pour les ordonnances alimentaires au profit du conjoint et elle l'a remplacé par une série de considérations générales, fondées sur un partage équitable des conséquences économiques, que les tribunaux devaient appliquer aux causes futures. Les objectifs énoncés au paragraphe 15.2(6) reflètent l'intention du législateur de reconnaître la valeur économique de la contribution tant de l'époux qui subvient aux besoins de la famille que de celui qui s'occupe des enfants et de l'économie domestique. Dans l'arrêt *Moge* , le juge L'Heureux-Dubé étaye sa conclusion que le nombre disproportionnellement élevé de femmes pauvres au Canada est imputable en partie au divorce et à ses effets économiques, en citant des statistiques tirées d'une publication du ministère de la Justice du Canada intitulée *Évaluation de la Loi sur le divorce : Étape II* .

L'indépendance économique n'est plus l'objectif le plus souvent considéré par les juges pour déterminer le droit d'un conjoint à une ordonnance alimentaire, comme c'était le cas avant l'arrêt *Moge*. Depuis lors, le professeur Carol Rogerson a constaté que l'on reconnaît davantage le concept des aliments compensatoires et que la pension alimentaire constitue de nouveau une obligation juridique sérieuse. À l'heure actuelle, très peu de pensions alimentaires d'une durée limitée sont accordées par les tribunaux; à moins que le mariage n'ait été de courte durée, la pension est presque toujours d'une durée indéterminée et sujette à révision. Mais vu la gamme des considérations couvertes par les objectifs énoncés dans la Loi et la variété infinie des situations dans lesquelles se trouvent les couples en instance de divorce au Canada, il n'est pas étonnant que les décisions au sujet des ordonnances alimentaires pour les conjoints soient imprévisibles et pas du tout constantes. Le plus difficile pour un avocat en droit de la famille, c'est de suggérer à ses clients le montant qu'ils ont avantage à offrir ou à accepter comme pension alimentaire.

Vers la fin de 1999, dans l'arrêt *Bracklow*, la Cour suprême du Canada a confirmé que l'arrêt *Moge* demeure la décision de référence en matière de pensions alimentaires. Les tribunaux doivent suivre la méthode établie dans cet arrêt, en conciliant les facteurs énoncés au paragraphe 15.2(4) et les objectifs établis au paragraphe 15.2(6) et en prenant en compte les facteurs spécifiques à chaque cas de manière à compenser équitablement les désavantages de l'échec du mariage. La décision confirme l'existence de trois fondements conceptuels du droit à la pension alimentaire : compensatoire, contractuel et non compensatoire. Selon la nature du lien matrimonial des parties, un conjoint

pourrait avoir droit à une pension pour l'un ou plusieurs de ces motifs. Une fois que ce droit est établi, le montant de la pension alimentaire est déterminé à partir d'une évaluation discrétionnaire de divers facteurs, dont la durée de la relation, les besoins et la capacité de payer.

c. Les ordonnances de garde et d'accès

La garde des enfants est une vaste notion qui recouvre les droits et obligations se rapportant aux enfants à charge. Au moment du divorce, les droits et obligations liés à la garde, que les parents assument également quand ils sont mariés, sont habituellement partagés; ainsi, l'un des parents a la garde et fournit à l'enfant son lieu de résidence principal, tandis que l'autre obtient un droit d'accès, de visite ou d'information concernant l'enfant. C'est la partie du droit du divorce qui est souvent la plus pénible, parce que ce sont des sujets qui soulèvent les passions et parce que toute décision a des conséquences graves étant donné qu'elle peut donner l'impression d'arracher un enfant à celui de ses parents qui en perd la garde au profit de l'ex-époux. Par contre, il est relativement rare que les questions de garde et d'accès soient litigieuses. La plupart des couples sont capables de décider seuls la manière dont ils vont assumer leurs obligations de garde envers leurs enfants.

Lorsque les parents sont incapables de s'entendre seuls sur les questions de garde et d'accès, c'est le tribunal qui tranche. Le paragraphe 16(8) de la *Loi sur le divorce* oblige le tribunal à tenir compte de l'intérêt de l'enfant à charge. Le critère de « l'intérêt » est celui généralement appliqué dans ces décisions rendues dans toutes les régions du pays, que ce soit en vertu des lois provinciales ou de la loi fédérale. Certains l'ont critiqué le trouvant trop ambigu, mais il se défend puisque c'est le seul qui soit assez souple pour permettre aux tribunaux d'en arriver à la décision qui convient le mieux dans les circonstances particulières à chaque enfant.

Ce critère oblige à tenir compte de toutes les considérations pertinentes à l'intérêt de l'enfant; parmi les plus importantes, il y a les rapports de l'enfant avec chacun des deux parents, le bien-être moral et affectif de l'enfant, les voeux de l'enfant si celui-ci est assez vieux pour les exprimer, le désir de garder les frères et soeurs ensemble, et la volonté des deux parents de faciliter l'accès du conjoint à l'enfant. La recherche du statu quo, c'est-à-dire faire en sorte que la vie de l'enfant soit perturbée le moins possible, est souvent le facteur déterminant, surtout pour les ordonnances de garde et d'accès provisoires. Dans certaines provinces, le législateur a énuméré expressément dans les lois pertinentes les critères que le tribunal doit prendre en considération pour déterminer quel est l'intérêt de l'enfant. C'est une méthode efficace pour codifier tout en les avalisant certains aspects du droit de la famille qui n'étaient pas réglementés auparavant, notamment les avantages de maintenir les communications entre les enfants et leurs grands-parents.

La règle du principal fournisseur de soins est un critère utile pour déterminer quel arrangement servira le mieux l'intérêt de l'enfant et c'est celui qu'utilisent de nombreux juges et les avocats qui assistent leurs clients dans les négociations sur la garde. Elle est basée sur l'hypothèse qu'il est dans l'intérêt de l'enfant de rester avec celui de ses parents qui s'est surtout occupé de lui pendant tout le mariage. Dans de nombreuses familles, un seul des parents (généralement la mère) s'est chargé des enfants pendant toute leur vie. On est donc fondé de conserver cette personne dans son rôle de principal fournisseur de soins afin de réduire le plus possible les bouleversements que subiront les enfants, surtout, les plus jeunes, après la séparation de leurs parents.

Le paragraphe 16(9) de la *Loi sur le divorce* interdit expressément au tribunal de tenir compte de la conduite antérieure des parents quand il rend son ordonnance de garde ou d'accès, sauf si cette conduite est liée à l'aptitude de la personne à agir comme père ou comme mère de l'enfant. Cette disposition a pour but d'empêcher le juge de prendre en considération les témoignages entendus au sujet des fautes maritales lorsqu'il décide des affaires de garde et d'accès. Son importance est maintenant discutable étant donné que, de nos jours, la plupart des divorces sont demandés sans égard à la faute. La disposition a déjà eu pour effet d'exclure certains types de renseignements sur le passé de la famille de l'examen des questions de garde et d'accès. Par exemple, quelques-uns ont soutenu que la violence d'un conjoint envers l'autre ne signifie pas une inaptitude à agir à titre de père ou de mère et que, en conséquence, seule la violence manifestée à l'endroit d'un enfant est pertinente. Cependant, on prétend (et démontre) de plus en plus que tout acte de violence familiale ou toute autre forme d'abus ou de mauvais traitements dont l'enfant serait témoin a une incidence sur son bien-être et devrait donc être jugé pertinent pour l'établissement des aptitudes parentales.

Quoique utilisés couramment, les termes garde et accès sont fréquemment mal compris. La garde d'un enfant comprend le pouvoir de prendre des décisions concernant la scolarité de l'enfant, ses soins médicaux, son instruction religieuse et d'autres aspects importants de sa vie. Traditionnellement, le pouvoir décisionnel allait de pair avec les soins quotidiens des enfants, leur éducation et l'aménagement du « foyer » de l'enfant. Le père ou la mère qui n'a pas la garde obtient généralement un droit d'accès à l'enfant, qui inclut à la fois des privilèges de visite et le droit d'obtenir certains renseignements concernant les décisions prises par l'ex-époux qui a la garde. On observe aujourd'hui un large éventail de droits et d'obligations de garde et d'accès différents, depuis la solution traditionnelle de la garde confiée à un seul des conjoints (habituellement la mère), l'autre parent (généralement le père) ayant accès aux enfants les mercredis soirs et une fin de semaine sur deux, jusqu'à la formule de la garde partagée également entre le père et la mère, l'enfant passant une semaine ou un mois chez l'un et la semaine ou le mois suivant chez l'autre et les

parents ayant toujours un pouvoir décisionnel conjoint.

Les ordonnances de garde partagée sont rarement imposées par les tribunaux sans le consentement des époux. On croit généralement que si les parents ne sont même pas capables de discuter ensemble amicalement et constructivement pour organiser eux-mêmes la garde des enfants, la garde partagée ne servira pas l'intérêt de l'enfant parce qu'elle implique des contacts soutenus et fréquents entre les parents qui doivent régler toutes les questions qui se posent régulièrement au sujet de l'éducation de l'enfant. Ils doivent pouvoir communiquer fréquemment l'un avec l'autre et partager l'autorité parentale pour choisir les écoles, la religion, les soins médicaux et prendre toutes les autres décisions qui surgiront. En général, les tribunaux ont estimé qu'il ne fallait pas imposer une telle formule à des parents récalcitrants. La garde partagée a aussi d'importantes répercussions sur la mobilité des parents dans l'avenir; ainsi, dans un certain nombre de causes, un ex-époux ayant la garde partagée n'a pas été autorisé à déménager à l'extérieur de la province dans laquelle les deux parents résidaient après leur séparation ou leur divorce.

Garde partagée ne signifie pas automatiquement que l'enfant passe autant de temps chez son père que chez sa mère, bien que ce soit souvent l'objectif qui motive un parent à demander cette formule. Quand le tribunal rend une ordonnance de garde partagée, les parents ont tous deux le même pouvoir de décision au sujet de l'enfant et tous les détails concernant le lieu de résidence de l'enfant sont prévus. C'est ainsi que les modalités peuvent ressembler à celles d'une ordonnance traditionnelle de garde et d'accès s'il est convenu que l'enfant habitera avec l'un de ses parents et passera une fin de semaine sur deux chez l'autre. De nombreuses familles trouvent que les enfants sont plus à l'aise s'ils vivent presque tout le temps chez l'un de leurs parents, surtout durant l'année scolaire, et qu'ils rendent fréquemment visite à l'autre. À certains stades de son développement, l'enfant peut être perturbé s'il est obligé de faire la navette entre les deux maisons. Les parents peuvent faciliter ces déplacements en s'installant dans le même quartier pour que les enfants restent toujours proches de leur école et de leurs amis.

Lorsqu'un des ex-époux obtient la garde de l'enfant, l'autre hérite généralement d'un droit d'accès. La décision est prise là encore en fonction de l'intérêt de l'enfant. Les clauses régissant l'accès prévoient habituellement le calendrier annuel des visites, en précisant comment les fêtes, les anniversaires et les vacances d'été seront réparties entre les parents. Lorsque la coopération entre les parents est excellente, la décision peut mentionner simplement un droit d'accès « généreux » ou « raisonnable ». Ce type d'ordonnance est malheureusement plus difficile à faire exécuter en cas de différend. Un calendrier des visites s'impose donc lorsque les parents cessent de coopérer. Même lorsque le tribunal a prévu un calendrier précis dans son ordonnance, les parents doivent se montrer plus souples lorsque les enfants grandissent, afin de se plier à

leurs désirs et à leurs activités parascolaires. L'ordonnance peut prévoir, s'il y a lieu, certaines restrictions à l'accès, par exemple interdire au conjoint de quitter la province ou le territoire avec l'enfant ou exiger que les visites se fassent en présence d'une tierce personne ou qu'il s'abstienne de consommer de l'alcool ou de la drogue.

La Cour suprême du Canada a rendu, en 1994, deux jugements sur les droits des conjoints qui n'ont pas la garde : l'arrêt *Young* c. *Young* et son pendant québécois *Droit de la famille — 1150 D.P.* c. *C.S.* Ces arrêts portaient tous deux sur le droit d'un père ayant accès à ses enfants de les faire participer à certaines activités et discussions religieuses. Même s'ils n'ont pas eu la même issue, ils ont plusieurs points communs. Les droits d'accès sont décidés suivant le critère de l'intérêt de l'enfant, les juges s'entendant pour dire qu'il repose sur les faits et qu'il focalise sur l'enfant. Les intérêts ou les désirs du conjoint qui a la garde ne sont pas pertinents, sauf s'ils coïncident avec l'intérêt de l'enfant.

L'une des grandes priorités en droit de la famille, c'est de faciliter l'exercice du droit d'accès, comme le donne à penser la règle des « parents sympathiques » de la *Loi sur le divorce* . On présume qu'entretenir des liens étroits avec les deux parents est un excellent moyen d'atténuer l'effet négatif du divorce sur les enfants; c'est pourquoi il est rare que le droit d'accès soit catégoriquement refusé. Les publications en sciences sociales montrent que l'enfant qui continue d'avoir avec ses deux parents un contact sans friction ni disputes se remet plus rapidement du divorce et échappe aux répercussions néfastes sur son développement.

Les demandes de garde ou d'accès peuvent être présentées par des personnes autres que le père ou la mère de l'enfant, à condition qu'elles aient obtenu l'autorisation du tribunal. Cette autorisation est habituellement accordée, sauf si la demande du tiers est frivole ou vexatoire. De toute façon, même après avoir reçu l'autorisation voulue, le tiers n'obtiendra la garde ou un droit d'accès que si c'est dans l'intérêt de l'enfant. Normalement, une telle ordonnance sera rendue lorsqu'un proche parent a joué un rôle particulièrement important dans la vie de l'enfant, par exemple un grand-parent dont le contact étroit et régulier avec l'enfant serait interrompu au détriment de ce dernier par le divorce des parents.

2. Exécution des ordonnances relatives aux aliments, à la garde et à l'accès

Alors que l'exécution est surtout de compétence provinciale (en vertu du pouvoir législatif des provinces en matière de « propriété et droits civils »), plusieurs lois fédérales forment une composante importante du système d'exécution des ordonnances relatives aux aliments et à la garde. Par le passé, l'exécution d'une obligation alimentaire, comme n'importe quelle autre obligation résultant d'une ordonnance judiciaire

civile, incombait à chaque créancier bénéficiaire de l'ordonnance; celui-ci avait plusieurs recours à sa disposition pour faire respecter les ordonnances et conventions en droit de la famille, par exemple convoquer le débiteur à un interrogatoire du débiteur-saisi, demander la saisie-arrêt du salaire du débiteur ou d'autres sommes qui sont dues à ce dernier, saisir ses biens, enregistrer des brefs de saisie au nom du débiteur ou sur ses biens immobiliers, ou le faire condamner pour outrage.

Depuis le milieu des années 80, la plupart des provinces canadiennes ont mis sur pied des organismes administrés par l'État, qui sont chargés de faire exécuter les obligations alimentaires; les créanciers n'ont rien à débourser. Pendant de nombreuses années, le taux élevé d'inexécution des ordonnances et ententes alimentaires a été inacceptable et a eu de terribles conséquences économiques tant pour les enfants qui étaient censés en bénéficier que pour le conjoint qui avait la garde (la mère le plus souvent). Nombre de ces mères ont dû faire appel à l'assistance sociale pour subvenir à leurs besoins, à telle enseigne que l'exécution des obligations alimentaires ne pouvait plus être considérée comme une affaire strictement privée.

Selon les régimes provinciaux, les ordonnances judiciaires étaient automatiquement signifiées à une agence centrale qui percevait les pensions alimentaires et les faisait parvenir aux créanciers. Les systèmes variaient énormément d'une province à l'autre et le degré d'efficacité de chacun n'avait pas encore clairement démontré. Le gouvernement de l'Ontario, l'une des provinces les plus empressées à faire exécuter les ordonnances alimentaires, est en train de comprimer les services administratifs qui s'occupent d'appliquer la loi provinciale pertinente et il a fermé tous les bureaux du régime des obligations alimentaires envers la famille, à l'exception de celui de Toronto. D'après les créanciers, il en résulte une exécution moins efficace, et déjà on a signalé de sérieux retards dans l'acharnement des pensions alimentaires, ce qui remet l'efficacité du système d'application de l'Ontario en question.

Les lois fédérales visant l'exécution des ordonnances familiales ont été conçues pour appuyer et faciliter les efforts des organismes provinciaux compétents. La *Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales* (L.R.C. (1985), (2 e suppl.) chap. 4) confère aux organismes provinciaux l'accès aux sources fédérales de renseignements, y compris les banques de données de Revenu Canada, afin de les aider à retracer les ex-époux qui ne respectent pas les ordonnances ou ententes relatives aux aliments, à la garde ou à l'accès. Elle permet aussi, pour l'exécution des ordonnances ou ententes qui ne le sont pas, la saisie-arrêt des «sommes saisissables» qui, depuis 1988, s'entendent, selon la définition figurant dans le règlement d'application de la Loi, des remboursements d'impôt, des prestations d'assurance-chômage, des prestations de sécurité de la vieillesse et des allocations de formation, des crédits pour TPS et des prestations du Régime de pensions du

Canada. Le projet de loi C-41 ajoute un nouveau régime de refus d'autorisation qui permet de rejeter certaines demandes d'autorisations fédérales dans les cas de personnes qui ne remplissent pas leurs obligations alimentaires familiales. Le mot « autorisation » englobe dans sa définition les passeports, ainsi qu'un certain nombre de licences ou de certificats professionnels énumérés dans une annexe au projet de loi, comme les certificats de la marine marchande et les licences de contrôleur de la circulation aérienne et de pilote.

La *Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions* (L.R.C. (1985), chap. G-2) autorise la saisie-arrêt du traitement des fonctionnaires fédéraux et des prestations de retraite fédérales en vue de l'exécution des obligations alimentaires.

MESURES PARLEMENTAIRES

Depuis 1968, le Parlement a étudié un certain nombre de projets de modification de la *Loi sur le divorce*, outre les deux versions de la Loi adoptées en 1968 et en 1985, ainsi que diverses modifications apportées à un moment ou l'autre. D'après le professeur Julien Payne auquel on attribue communément la rédaction de la Loi de 1985, les principaux objectifs d'une bonne loi sur le divorce sont les suivants :

> i) faciliter la dissolution juridique des mariages qui sont irrémédiablement voués à l'échec, en réduisant au minimum la peine, l'humiliation et les épreuves;
>
> ii) favoriser une répartition équitable des conséquences économiques de l'échec du mariage;
>
> iii) veiller à ce que des dispositions raisonnables soient prises pour l'éducation des enfants des parents qui divorcent.

Depuis quelques années, les législateurs et les décideurs de tout le Canada ont accordé une attention particulière aux répercussions économiques du divorce et de la séparation sur les enfants. Le Comité fédéral-provincial-territorial sur le droit de la famille a exploré à fond la façon d'améliorer le sort économique de ces enfants. C'est ainsi que les provinces se sont efforcées de créer de nouveaux mécanismes coûteux pour l'exécution des pensions alimentaires et d'adopter des lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants. D'autres observateurs se sont concentrés sur la réforme possible de l'imposition des pensions alimentaires pour enfants, ce qui a entraîné l'annulation du système d'inclusion/de déduction relatif à l'imposition des paiements de pensions alimentaires pour enfants à compter du 1er mai 1997. Pendant plusieurs années, une action revendicatrice avait été menée au nom des

bénéficiaires de pensions alimentaires qui s'élevaient contre le traitement fiscal des pensions alimentaires pour enfants, sous prétexte qu'il diminuait injustement le montant d'argent dont disposaient les parents pour les enfants dont ils avaient la garde. Les députées fédérales Dawn Black et Beryl Gaffney ont présenté à la Chambre des communes une série de motions sur la question, qui ont abouti à l'adoption, le 30 mai 1994, de la motion de M me Gaffney demandant l'abolition de l'obligation d'inclure la pension alimentaire pour enfants dans le revenu du conjoint qui a la garde, aux fins de l'impôt. Plusieurs dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui imposaient cette façon de faire ont été contestées devant la Cour suprême du Canada, qui a confirmé leur validité dans son arrêt *Thibaudeau* c. *R.* en 1995. Ces dispositions ont été toutefois abrogées par des modifications à la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui sont entrées en vigueur le 1 er mai 1997. Les pensions alimentaires versées en application d'accords de séparation ou d'ordonnances rendues ou modifiées à cette date ou après celle-ci sont sans aucune incidence fiscale; le bénéficiaire ne déclare pas les sommes reçues comme revenu et le débiteur n'obtient pas de déduction fiscale.

On s'est concentré aussi sur les problèmes de garde et d'accès, lesquels ont fait l'objet de la controverse la plus évidente lors de l'étude du projet de loi C-41 par les Comités de la Chambre des communes et du Sénat.. En mars 1993, le ministère de la Justice du Canada a publié un document de travail sur le sujet en demandant aux intéressés de se prononcer sur plusieurs mesures dont la modification était envisagée. En 1994 et 1995, le Comité permanent de la justice et des questions juridiques de la Chambre des communes a étudié un projet de loi d'initiative parlementaire (C-232) présenté par la députée réformiste Daphne Jennings, traitant du droit des grands-parents de présenter des demandes de garde et d'accès en vertu de la Loi. Le Comité a même entendu des témoignages sur le sujet, mais il a néanmoins rejeté le projet de loi à deux reprises. Cependant, ses délibérations ont suscité un vif intérêt tant chez les parlementaires que chez les défenseurs des droits des grands-parents. Dans la foulée de l'étude du projet de loi C-41 par le Comité sénatorial des affaires sociales, le ministre de la Justice et le leader du gouvernement au Sénat ont accepté la création d'un comité parlementaire mixte chargé d'examiner les questions relatives à la garde et au droit de visite à l'égard des enfants. Ce comité devrait être créé au cours de la trente-sixième législature.

En novembre 1997, le Comité sénatorial permanent des affaires sociales, de sciences et de la technologie a reçu du Sénat une ordre de renvoi lui demandant d'entreprendre une étude pour surveiller la mise en oeuvre du projet de loi C-41 et des Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants. En juin 1998, le Comité a publié un rapport intérimaire dans lequel il fait une série de recommandations concernant les consultations, la modification des lignes directrices, les « dépenses spéciales ou extraordinaires » (également appelées « ajouts »), l'aide à fournir aux jeunes qui poursuivent des études postsecondaires, la garde

partagée, les difficultés excessives, les mécanismes d'exécution, le droit de visite et les dépenses des parents qui ne vivent pas avec leurs enfants.

Le Comité mixte spécial sur la garde et le droit de visite des enfants a été établi en novembre 1997. Au début de 1998, il a commencé ses audiences sur les arrangements parentaux après le divorce. Son mandat est le suivant :

> Que soit formé un comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes chargé d'examiner et d'analyser les questions des ententes concernant la garde, les droits de visite et l'éducation des enfants après la séparation ou le divorce des parents. Plus particulièrement, que le comité mixte soit chargé d'évaluer le besoin d'une approche davantage centrée sur les enfants dans l'élaboration des politiques et des pratiques du gouvernement en droit de la famille, c'est-à-dire une approche qui mette l'accent sur les responsabilités de chaque parent et sur les besoins des enfants et leur meilleur intérêt, au moment de la conclusion des ententes concernant l'éducation des enfants.

Le Comité mixte spécial a déposé son rapport, *Pour l'amour des enfants*, en décembre 1998. Fruit d'une série de 39 audiences publiques tenues dans toutes les provinces sur une période d'un an, le rapport renferme 48 recommandations couvrant de nombreux aspects du domaine sensible du droit et des usages en matière de garde et de visite des enfants. Après avoir entendu plus de 500 témoins, les membres du Comité ont acquis la conviction que les problèmes soulevés appelaient, entre autres, une réforme de la loi.

Les recommandations du Comité couvrent des questions juridiques d'ordre international, fédéral et provincial, ainsi que des enjeux comme le financement, la politique sociale et l'éducation. Pour ce qui est de la *Loi sur le divorce*, le Comité recommande que les termes « garde » et « accès » soient remplacés par une nouvelle notion appelée « partage des responsabilités parentales ». Il précise que cette notion n'a pas pour but de créer une présomption en faveur de la garde conjointe, mais plutôt de valoriser le rôle des deux parents dans la vie des enfants, indépendamment de la formule de garde qui sera décidée. Le Comité recommande également que les décisions relatives aux ententes parentales après la séparation devraient être prises « dans l'intérêt supérieur de l'enfant » et que la *Loi sur le divorce* devrait être modifiée de manière à comprendre une liste de critères légaux qui serviraient à déterminer quel est cet intérêt supérieur.

Par son rapport, le Comité a porté à la connaissance du gouvernement les préoccupations soulevées au cours des audiences à propos des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour les enfants*. Bien que le Comité n'ait pas été chargé d'étudier ces questions et qu'il n'ait pas sollicité de mémoires dans ce sens, ses membres ont jugé que les vues d'autant de témoins devaient être portées à l'attention du ministre.

La réponse du gouvernement au rapport *Pour l'amour des enfants*, intitulée *Stratégie de réforme*, a été rendue publique en mai 1999. Le document parle de l'obligation légale du ministère de la Justice de déposer au Parlement au plus tard le 1 er mai 2002 les constatations d'un examen complet de la législation et de l'application des Lignes directrices sur les pensions alimentaires ainsi que de la détermination des pensions sous leur régime. Le ministère se propose d'intégrer une réforme des questions de garde et de visite à cet examen. Des recherches complémentaires seront menées conjointement avec les provinces et comporteront des consultations publiques sur des propositions spécifiques de réforme au cours de 2001.

Comme la garde et la visite sont des questions sensibles sur lesquelles le débat est polarisé, il n'est pas étonnant que les réactions à la stratégie du gouvernement aient été contradictoires. Ceux qui sont en faveur de la garde conjointe se félicitent que le document appuie le principe voulant que les deux parents aient les mêmes responsabilités légales en ce qui concerne l'orientation, les soins et le soutien financier de chacun de leurs enfants. D'autres affirment que le Comité et le ministère de la Justice refusent de se prononcer en faveur d'une formule particulière de garde. De nombreux commentateurs s'opposent au délai de consultation que le document du gouvernement juge nécessaire avant qu'une réforme législative puisse être mise en place.

A. Récents changements législatifs

Les plus récentes propositions du gouvernement visant à modifier la *Loi sur le divorce* sont celles annoncées dans le budget fédéral de mars 1996. Elles ont donné lieu aux modifications de 1997 de la *Loi sur le divorce*, de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et de plusieurs autres mesures législatives s'attachant à l'exécution des ordonnances. Nous en traitons ci-après.

Le projet de loi C-41, *Loi modifiant la Loi sur le divorce, la Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales, la Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions et la Loi sur la marine marchande du Canada*, a franchi l'étape de la première lecture le 30 mai 1996. Il a reçu la sanction royale le 19 février 1997 et est entré en vigueur le 1 er mai 1997. Il a mis en oeuvre le nouveau système de

pensions alimentaires pour enfants annoncé dans le budget fédéral de mars 1996. Il a apporté plusieurs modifications aux lois fédérales visant les aliments et les questions connexes, y compris la *Loi sur le divorce*, afin de rendre les pensions alimentaires, établies en vertu de la législation fédérale, plus adéquates et plus faciles à exécuter. Les deux autres éléments sur les quatre que comprend la nouvelle stratégie ont été mis en oeuvre au moyen des lois budgétaires modifiant la *Loi de l'impôt sur le revenu* , également en vigueur depuis le 1 er mai 1997. Ces modifications ont permis à la fois d'inverser le mode d'imposition des pensions alimentaires et de doubler le supplément au revenu gagné inclus dans la prestation fiscale fédérale pour les enfants.

Grâce à l'adoption du projet de loi C-41, la *Loi sur le divorce* a été modifiée de façon à encadrer l'utilisation des lignes directrices qui serviraient à fixer le montant des pensions alimentaires pour enfants. Ces lignes directrices, qui remplaceront le pouvoir discrétionnaire des juges, ont été établies par règlement. Le second volet du système de pensions alimentaires annoncé en mars 1996, soit diverses mesures d'exécution, a aussi été concrétisé par le projet de loi. La *Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales* a été modifiée pour que Revenu Canada soit ajouté à la liste des ministères fédéraux dont les banques de données peuvent être consultées dans le but de retracer ceux qui ne versent pas la pension alimentaire pour les enfants ou pour le conjoint, et que soit mis sur pied un nouveau système fédéral qui permettrait de refuser certaines autorisations aux débiteurs qui, de façon répétée, omettent de payer la pension alimentaire. Le projet de loi a aussi permis de régler les arriérés en saisissant la pension de retraite des fonctionnaires fédéraux et le salaire des marins.

L'adoption de ces lignes directrices a pour objectif sous-jacent d'en arriver à des pensions alimentaires plus justes et plus uniformes. Le mécanisme proposé a déjà été implanté dans tous les États-Unis, mais les résultats sont assez mitigés jusqu'à présent. On espère également que le divorce sera moins traumatisant pour les familles et qu'il coûtera moins cher en frais et dépens tant aux parties qu'à l'État, si la pension alimentaire pour enfants n'a plus à être négociée au moment de la séparation. En effet, le coût des services d'aide juridique et de l'administration des tribunaux devrait être moindre. Au Canada, depuis le dépôt du budget en mars 1996, les avocats et les défenseurs de ceux qui reçoivent une pension alimentaire et de ceux qui la payent ont fait valoir des points de vue divergents sur le modèle adopté. Les avocats en droit de la famille ne sont pas satisfaits des montants prévus dans les lignes directrices, la plupart en étant arrivé à la conclusion que leur application produira des résultats inéquitables surtout chez ceux dont les revenus sont les plus faibles ou les plus élevés. Depuis 10 ans environ, la sensibilisation de la magistrature aux dépenses nécessaires pour élever des enfants avait amorcé une tendance à la hausse des pensions accordées dans bien des causes. Certains craignent que ce bénéfice disparaisse si les juges perdent leur pouvoir discrétionnaire.

Au cours des audiences sur le projet de loi C-41, le Comité permanent de la justice de la Chambre des communes et le Comité sénatorial permanent des affaires sociales, des sciences et de la technologie ont entendu un certain nombre de témoins manifester leur mécontentement à propos de l'ordre des priorités du gouvernement. Selon eux, il n'aurait pas fallu régler la question des pensions alimentaires pour enfants avant de tenter d'examiner les réformes législatives dans les domaines importants de la garde et du droit de visite à l'égard des enfants. Les membres du Comité sénatorial en particulier n'ont pas apprécié la rapidité avec laquelle le projet de loi a été étudié et adopté et ils prétendent qu'ils n'ont pas eu le loisir d'examiner les questions relatives à la garde et au droit de visite soulevées par les témoins. Les sénateurs ont été également vivement intéressés par l'incidence des termes employés en matière de divorce sur les parents en instance de divorce et sur leurs enfants. Selon certains témoins, les expressions « garde » et « parent qui n'a pas obtenu la garde » ont un impact indésirable qui aliène et rabaisse les familles, surtout le parent qui ne fournit pas à l'enfant sa résidence principale après le divorce, soit le père, le plus souvent.

Les membres du Comité sénatorial ont demandé que l'on poursuive l'examen des questions qui, selon eux, ont été oubliées dans la conception du projet de loi C-41; ils ont également demandé que le gouvernement s'engage à poursuivre l'examen des questions soulevées par les témoins. L'accord conclu entre le ministre de la Justice et le leader du gouvernement au Sénat à propos de la création d'un comité parlementaire mixte chargé d'examiner les questions de garde et de droit de visite à l'égard des enfants a été l'un des facteurs de l'entente préalable à l'adoption du projet de loi par le Comité sénatorial. Les sénateurs ont également indiqué qu'ils craignaient que les lignes directrices, règlements pris sous le régime de la *Loi sur le divorce*, ne soient pas assujetties à la même forme d'examen parlementaire que celle prévue pour l'élaboration des lois. En réponse à cette inquiétude, il a été convenu qu'à l'avenir, le Comité sénatorial participerait de façon permanente à l'examen des lignes directrices. Il est question de ces deux comités ci-dessus, la partie « Mesures parlementaires ».

B. Autres domaines de réforme possibles

Des observateurs et des avocats en droit de la famille ont souligné certaines autres dimensions du droit en matière de divorce qui auraient besoin d'être modifiées. Par exemple, depuis dix ans ou même plus longtemps, un débat fait rage dans toute l'Amérique du Nord sur l'opportunité d'incorporer dans la loi la présomption que la garde partagée sert l'intérêt des enfants, ou l'obligation pour tous les couples en instance de divorce de participer à au moins une séance de médiation avant d'être autorisés à se présenter devant le juge. Ces deux suggestions ont été suivies dans plusieurs États américains, mais elles continuent d'avoir d'importants détracteurs. Le recours à la médiation est maintenant obligatoire dans toutes les affaires de droit familial au

Québec. Des questions nouvelles, soulevées devant les tribunaux canadiens, ont étendu le champ d'application des lois actuelles et nous amènent à nous demander s'il n'y aurait pas lieu d'en traiter expressément dans la législation du divorce ou dans les lois provinciales pertinentes. Il y a, entre autres, les droits et obligations relatifs aux pensions alimentaires, à la garde et à l'accès chez les couples homosexuels, la liberté de circulation et d'établissement des conjoints divorcés ou séparés, la façon de prévenir les enlèvements d'enfants ou d'intervenir plus efficacement après coup, et les obligations économiques relatives des ex-conjoints et de l'État en cas de maladie ou d'invalidité.

Deux innovations américaines qui mériteraient sans doute d'être envisagées au Canada sont destinées à rendre la procédure en droit de la famille plus sensible aux besoins des enfants dont les parents divorcent. La première, l'éducation en matière de divorce, a pour but de renseigner les parents au sujet des effets du divorce sur les enfants et de les outiller afin qu'ils soient mieux en mesure de protéger leurs enfants contre ces effets. Les programmes de préparation au divorce relèvent des tribunaux dans bon nombre d'États américains et dans certaines provinces canadiennes où ils font partie intégrante de la procédure de divorce. Leur contenu et leur forme varient énormément et ils n'obtiennent pas toujours les résultats escomptés, mais les recherches indiquent qu'ils peuvent aider les parents à éviter certains des comportements les plus néfastes pendant la période qui suit la séparation. La seconde innovation, c'est le plan parental qui est élaboré par les parents eux-mêmes au moyen de la négociation ou de la médiation et qui est maintenant devenu une composante essentielle du règlement du divorce dans certains États.

Certaines de ces possibilités – notamment la médiation, l'information sur le divorce et les plans parentaux – ont été examinées par le Comité mixte spécial sur la garde et le droit de visite, et il en fait état dans son rapport. On trouve également dans le rapport les avis les plus récents sur des questions comme le droit de circulation des parents qui divorcent et l'enlèvement d'enfants.

CHRONOLOGIE

1968 - La première *Loi sur le divorce* est adoptée; elle introduit le concept de rupture définitive du mariage comme motif de divorce.

1976 - Dans son Rapport, la Commission de réforme du droit sur le droit de la famille recommande que l'échec du mariage soit le seul et unique motif de divorce.

1985 - La *Loi de 1985 sur le divorce* est adoptée; elle ramène à un an la période de séparation requise pour établir « l'échec du mariage », la cause du divorce.

1990 - Le ministère de la Justice publie *Évaluation de la Loi sur le divorce : Étape II, Contrôle et évaluation*, dans lequel il conclut que le motif de divorce sans notion de faute, adopté en 1985, a contribué à faire en sorte que les actions en divorce portent moins à la confrontation.

1993 - Le ministère de la Justice publie *Garde et accès : Document de travail public.*

1994 - La Cour suprême du Canada rend son jugement dans l'affaire *Young* c. *Young* concernant les droits des parents qui n'ont pas la garde.

- La Chambre des communes adopte la motion d'initiative parlementaire présentée par la députée libérale Beryl Gaffney, appuyant l'abrogation de l'obligation d'ajouter la pension alimentaire pour les enfants au revenu du parent qui a la garde.

1995 - Publication du Rapport et des recommandations du Comité fédéral-provincial-territorial sur le droit de la famille concernant les pensions alimentaires pour enfants, notamment des lignes directrices sur le sujet.

- Le Comité permanent de la justice et des questions juridiques de la Chambre des communes étudie et rejette le projet de loi C-232 d'initiative parlementaire présenté par la députée réformiste Daphne Jennings, qui aurait modifié la *Loi sur le divorce* afin de faciliter les demandes de garde et d'accès de la part des grands-parents.

1996 - Dans le cadre du budget fédéral, un nouveau système de pensions alimentaires pour enfants est annoncé, y compris des lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants, la modification des modalités d'imposition de la pension alimentaire, de nouvelles mesures d'exécution et une hausse du supplément au revenu gagné inclus dans la prestation fiscale fédérale pour les enfants.

1997 - Le projet de loi C-41, *Loi modifiant la Loi sur le divorce, la Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales, la Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions et la Loi sur la marine marchande du Canada* reçoit la sanction royale le 19 février 1997 et entre en vigueur le 1er mai 1997.

1998 - *Pour l'amour des enfants*, le rapport du Comité mixte spécial sur la garde et le droit de visite, est déposé en décembre.

1999 - *Stratégie de réforme*, la réponse du gouvernement au rapport du Comité mixte spécial, est rendue publique en mai.

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE

Arbuthnot, Jack et Donald Gordon. « Divorce Education for Parents and Children ». Conférence présentée au Programme national du droit de la famille. Ottawa, juillet 1996.

Douglas, Kristen. *Projet de loi C-41 : Loi modifiant la Loi sur le divorce, la Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales, la Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions et la Loi sur la marine marchande du Canada.* Résumé législatif, LS-258F. Ottawa, Service de recherche, Bibliothèque du Parlement, 10 juillet 1996.

Gouvernement du Canada. *Budget 1996 : Le nouveau système de pensions alimentaires pour enfants.* Ottawa, 1996.

Hovius, Berend. *Family Law: Cases, Notes & Materials.* Quatrième édition. Toronto, Carswell, 1996.

MacDonald, James et Ann Wilton. *The Annotated Divorce Act.* Toronto, Carswell, 1991-1998.

Ministère de la Justice. *Évaluation de la Loi sur le divorce : Étape II.* Ottawa, mai 1990.

Payne, Julien. *Payne on Divorce.* Quatrième édition. Toronto, Carswell, 1996.

Rogerson, Carol. « Spousal Support After *Moge* ». **(1996-97), 14 C.F.L.Q. 281.**

JURISPRUDENCE

***Bracklow* c. *Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 420.**

Caron c. *Caron* , [1987] 1 R.C.S. 892; (1987), 7 R.F.L. (3d) 274 (C.S.C.).

Droit de la famille — 1150; D.P. c. *C.S.* [1993] 4 R.C.S. 141; (1994), 49 R.F.L. (3d) 317 (C.S.C.).

Moge c. *Moge,* [1992] 3 R.C.S. 813, 43 R.F.L. (3d) 345.

Paras c. *Paras,* [1971] 1 O.R. 130 (C.A.).

Pelech c. *Pelech* [1987] 1 R.C.S. 801; (1987), 7 R.F.L. (3d) 225 (C.S.C.).

Richardson c. *Richardson* [1987] 1 R.C.S. 857; (1987), 7 R.F.L. (3d) 304 (C.S.C.).

Young c. *Young* [1993] 4 R.C.S. 3; (1994) 49 R.F.L. (3d) 117 (C.S.C).

---

* La version originale du présent bulletin d'actualité a été publiée en octobre 1996. Le document a été sans cesse mis à jour depuis.

---

1 8ØØ O-Canada

Mise à jour par la Direction générale des services de coordination des communications, de Travaux publics et Services gouvernementaux Canada

Droits d'auteur et avertissements